

Amana Kauling Stringari

**EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA:  
UMA PROPOSTA DE APLICAÇÃO PELO ESTUDO CRÍTICO  
DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação submetida ao Programa de  
Pós-Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa  
Catarina para a obtenção do Grau de  
Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique  
Cademartori.

Florianópolis  
2012

Catálogo na fonte elaborada pela biblioteca da  
Universidade Federal de Santa Catarina

A ficha catalográfica é confeccionada pela Biblioteca Central.

Tamanho: 7cm x 12 cm

Fonte: Times New Roman 9,5

Maiores informações em:

<http://www.bu.ufsc.br/design/Catalogacao.html>

Amana Kauling Stringari

**EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA:  
UMA PROPOSTA DE APLICAÇÃO PELO ESTUDO CRÍTICO  
DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 2012.

---

Prof., Dr. Luiz Otávio Pimentel  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori  
Orientador  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof., Dr. Francisco Carlos Duarte  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

---

Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Dr. Roberto Meurer  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Dr. Adriano De Bortoli  
Universidade do Vale do Itajaí



Dedicado a meus pais, Carlos e Aida, como singelo  
agradecimento pelo apoio incessante e estímulo aos estudos  
e aos valores mais altos da vida.



## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por ter recebido amplas condições de desenvolvimento moral, espiritual e intelectual nesta existência.

Agradeço a meus pais por oportunizarem e estimularem meus estudos, além de oferecerem uma família cercada de amor, harmonia e união, de onde levo os valores mais importantes e a partir da qual desenho meus objetivos de vida.

Agradeço a meu marido, Jota, pelo amor e companheirismo vivenciados ao longo dos últimos dez anos, que me dão segurança para ir atrás dos meus (e nossos) objetivos. Espero que nos próximos anos possamos colher tudo o que semeamos e, assim, formar uma família mais completa e ainda mais feliz.

Agradeço a meu irmão, Caio, por ser a referência do mais puro amor que conheci nesta vida.

Ao professor orientador, Luiz Henrique Cademartori, por aceitar supervisionar o presente trabalho e por ter respeitado o enfoque dado a esta investigação, ainda que ela destoasse de suas crenças doutrinárias e políticas. Agradeço-o também pela parceria nos projetos desenvolvidos até então e nos próximos que nos acompanharão nos estudos do Doutorado.

Ao professor Alexandre Moraes da Rosa, por estimular, em sala de aula, muitos dos debates que permeiam as questões expostas neste trabalho e pelo extremo respeito com que sempre tratou minhas opiniões.





## RESUMO

A Análise Econômica do Direito corresponde à teoria jurídica nascida nos Estados Unidos da América, que tem como fundamento a interpretação do Direito a partir de conceitos e da lógica da Economia. Segundo a hermenêutica proposta pela AED, o individualismo metodológico, os custos de transação e a eficiência são conceitos centrais a partir dos quais o Direito é compreendido. A eficiência, na concepção economicista, está intimamente ligada à escassez de recursos e à verificação do *trade off* operado nas suas alocações. Considerando-se a inserção no ordenamento constitucional brasileiro da eficiência através da chamada Reforma Administrativa de 1995, a previsão constitucional deste princípio demanda a definição de seu conteúdo. Especificamente, o presente estudo buscou verificar se a Análise Econômica do Direito serve a informar o conteúdo da eficiência prevista no *caput* do art. 37, da Constituição Federal. Embora haja diferentes vertentes sob o manto da Análise Econômica do Direito, optou-se por adotar a teoria desenvolvida por Richard Posner como representante dos fundamentos da corrente, em razão de seu protagonismo à frente dessa doutrina. Posner pressupõe que o fundamento do Direito reside na maximização da riqueza, e que as normas jurídicas e os valores morais da sociedade devem ter como escopo a redução dos custos de transação e, assim, o aumento da riqueza social. Ainda que posteriormente marcada pelo pragmatismo, a teoria de Posner defende o abandono de vinculações teóricas, a fim de que o Direito seja compreendido como instrumento para o alcance da eficiência, a qual é compreendida como a finalidade de maximizar a riqueza social. Partiu-se de uma hipótese positiva, segundo a qual a Análise Econômica do Direito detém condições de melhor informar o conteúdo da eficiência, e assim pode auxiliar a atividade administrativa do Estado, vez que considera e tenta solucionar o problema da escassez de recursos ante a ilimitada necessidade de provimentos estatais. Porém a hipótese proposta não se coaduna com o conteúdo da Constituição Federal. O texto constitucional elegeu como diretrizes os valores sociais, e como conteúdo primevo os direitos fundamentais. A vinculação da Constituição a estes direitos fundamentais obstaculiza a adoção da eficiência como a entende a Análise Econômica do Direito, traduzida na teoria de Richard Posner.

**Palavras-chave:** eficiência; Análise Econômica do Direito; maximização da riqueza; direitos fundamentais.



## ABSTRACT

The Economic Analysis of Law represents the legal theory born in the United States of America, which is based on the interpretation of Law from economic concepts. According to interpretation proposed this theory, methodological individualism, transaction costs and efficiency are central concepts in the comprehension of Law. Efficiency, in a economic conception, is closely linked to lack of resources and trade off operated in their allocations. From the prevision of efficiency in Brazilian Constitution by the so called Administrative Reform of 1995, this principle required the definition of its content. Specifically, this study tried to determine whether the Economic Analysis of Law serves to inform the content of the efficiency as mentioned in article 37 of the Federal Constitution. Although there are different schools of Economic Analysis of Law, we decided to adopt the theory of Richard Posner because of his position as a leader of this doctrine. Posner assumes that the foundation of Law is wealth maximization, and that legal rules and moral values of society should scope to reduce transaction costs and increase social wealth. Although later marked by pragmatism, Posner's theory advocates the abandonment of theoretical linkages, in order to understand Law as a tool for achieving efficiency, also known as wealth maximization. We started from a positive hypothesis, whereby the Economic Analysis of Law holds a position to better inform the contents of efficiency, and thus can help the administrative activity of the State, as it considers and tries to solve the problem of scarcity of resources upon the necessity of providing unlimited needs. But the proposed hypothesis does not match the Constitutional values. The Constitution elected as guidelines social values, and as prime content the fundamental rights. The binding of the Constitution to these fundamental rights prevents the adoption of efficiency as said by the Economic Analysis of Law, or by Richard Posner's theory.

**Keywords:** efficiency; Economic Analysis of Law; wealth maximization; fundamental rights.



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

AED – Análise Econômica do Direito

CF – Constituição da República Federativa do Brasil



## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	17
2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUAS IMPLICAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA .....	21
2.1 OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA. ....	21
2.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA.....	29
2.2.1 A Reforma Administrativa de 1995 e a constitucionalização do Princípio da Eficiência .....	Erro! Indicador não definido.
2.2.2 O conceito de eficiência administrativa.....	39
2.2.3 A eficiência e os novos instrumentos de gestão pública.....	46
2.2.3.1 As agências reguladoras.....	47
2.2.3.2 As parcerias com o Terceiro Setor.....	54
2.2.3.3 As Parcerias Público-Privadas.....	58
3 ASPECTOS GERAIS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E AS CONCEPÇÕES DE EFICIÊNCIA.....	62
3.1 NOÇÕES GERAIS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	62
3.1.1 Denominação e estudo da Análise Econômica do Direito.....	65
3.1.2 Conceito e interdisciplinariedade da Análise Econômica do Direito.....	68
3.1.3 Histórico da Análise Econômica do Direito.....	74
3.1.3.1 Ronald Coase e o “problema do custo social”.....	76
3.1.3.2 Guido Calabresi e a análise econômica da responsabilidade civil.....	80
3.1.3.3 Richard Posner e a sistematização da Análise Econômica do Direito.....	83
3.1.4 Análise Econômica do Direito Positiva e Normativa.....	84
3.1.5 As perspectivas da Análise Econômica do Direito.....	87
3.1.5.1 Escola de Chicago.....	87
3.1.5.2 Teoria Neo-Institucionalista.....	89
3.1.5.3 Teoria da Escolha Pública.....	92
3.1.5.4 Escola de New Haven.....	93
3.2 O CONCEITO DE EFICIÊNCIA.....	95

<b>3.2.1 A eficiência de Pareto.....</b>	<b>97</b>
<b>3.2.2 A eficiência de Kaldor-Hicks.....</b>	<b>99</b>
<b>3.2.3 A teoria efficientista de Richard Posner.....</b>	<b>101</b>
3.2.3.1 <i>A primeira fase da teoria de Posner: a maximização da riqueza.....</i>	<i>102</i>
3.2.3.2 <i>A segunda fase da teoria de Posner: o pragmatismo cotidiano.....</i>	<i>107</i>

#### **4 A APLICABILIDADE DA NOÇÃO DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.....114**

4.1 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA – QUE TIPO DE EFICIÊNCIA?.....	114
4.2 A PERSPECTIVA DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA ANTE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	116
<b>4.2.1 A vinculação constitucional aos direitos fundamentais.....</b>	<b>117</b>
<b>4.2.2 A eficiência econômica aplicada à Administração Pública.....</b>	<b>124</b>
<b>4.2.3 O orçamento e a “reserva do possível”.....</b>	<b>129</b>
4.2.3.1 A limitação orçamentária.....	129
4.2.3.2 A “reserva do possível”.....	138
4.3 AS CRÍTICAS DA DOCTRINA À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	145
4.4 A APLICABILIDADE DA METODOLOGIA PROPOSTA PELA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.....	153

#### **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....160**

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....163**

#### **BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....177**



## 1 INTRODUÇÃO

O movimento denominado “Análise Econômica do Direito” (AED) surgiu nos Estados Unidos da América a partir dos estudos desenvolvidos na Universidade de Chicago, com a proposta de interpretar o direito a partir dos conceitos básicos que informam a Economia. Partindo-se das premissas de escassez de recursos, *trade off*, individualismo metodológico e busca pela eficiência, a AED introduziu no Direito a racionalidade econômica e, assim, buscou oferecer uma alternativa para a análise e interpretação jurídicas.

A profusão dos estudos que suscitam a aplicabilidade da AED às mais diversas áreas do Direito (contratos, responsabilidade civil, direito penal, direito de família, etc.), em larga medida na doutrina estadunidense e de forma crescente na doutrina brasileira, instigou a investigação da possibilidade de fazê-lo perante o Direito Público. Mais especificamente, questionou-se se a previsão constitucional da eficiência dentre os princípios orientadores da Administração Pública brasileira abria possibilidade à aplicação dos fundamentos da Análise Econômica do Direito.

Essa investigação foi incentivada pela busca de soluções teóricas (e, possivelmente, práticas) ao problema da escassez de recursos em face da ilimitada demanda de provimentos estatais para suprimento das necessidades sociais e individuais. Há muito se tem debatido o problema, e já na doutrina nacional era perceptível haver embates entre autores administrativista mais inclinados à percepção econômica dessa questão, e outros cujo foco era centrado nas garantias e no caráter social da Constituição Federal. Porém, aqueles autores de inclinações econômicas por vezes adotavam discursos alinhados ao que preceitua a AED, sem que mencionassem essa corrente.

Objetivou-se analisar o problema referido a partir de conceitos e critérios jurídicos, apesar de se tratar de questão também afeta à Economia. Isso porque se trata de dissertação desenvolvida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito e também por a análise proposta exigir o cotejo das lições juseconômicas ante a doutrina jurídico-administrativista brasileira.

No presente trabalho, a teoria econômica serve a ilustrar os fundamentos da corrente que se utiliza deles para propor um modelo hermenêutico ao Direito. É nesse sentido, a partir da perspectiva jurídica, que se investigou a questão. Justifica-se, portanto, a eventual incompletude dos conceitos e da teoria econômica.

A partir do questionamento de se é (ou não) aplicável a lógica da eficiência econômica, desenvolvida pela Análise Econômica do Direito, à Administração Pública brasileira, adotou-se a hipótese afirmativa ao problema, e a partir da abordagem dedutiva e técnica de pesquisa bibliográfica, busca-se averiguar a questão proposta.

Neste sentido, abre-se a investigação no segundo capítulo desta pesquisa, intitulado “O princípio da eficiência na Constituição Federal de 1988 e suas implicações na Administração Pública brasileira”. Parte-se da exposição geral dos princípios orientadores da Administração Pública, com a reflexão acerca da importância e da função desempenhada pelos princípios no ordenamento constitucional.

A seguir, é oferecido o enfoque no princípio da eficiência, iniciando-se com a digressão do contexto de sua inserção, através da Emenda Constitucional n. 19/98, e das medidas de reforma do aparelho estatal, promovidas naquele contexto. Expostas as razões da reforma, aborda-se o conceito de eficiência administrativa, com as lições de diferentes doutrinadores, para que se ilustre as concepções adotadas na doutrina brasileira.

A partir das lições apresentadas a respeito do princípio da eficiência, demonstra-se sua correlação com os novos instrumentos de gestão pública, quais sejam as agências reguladoras, as parcerias com o Terceiro Setor e as Parcerias Público-Privadas.

Uma vez alinhados os argumentos que informam o princípio da eficiência, passa-se à análise da teoria que se propôs investigar: a Análise Econômica do Direito.

O capítulo III (“Aspectos gerais da Análise Econômica do Direito e as concepções de eficiência”) é inteiramente dedicado à apresentação de conceitos amplos a respeito dessa doutrina. Inicia-se com as noções gerais da AED, e a apresentação das denominações atribuídas à corrente. Adiante, ao se trabalhar o conceito de Análise Econômica do Direito, expõe-se a intrínseca interdisciplinariedade entre Direito e Economia.

Adiante, para a melhor compreensão de seus fundamentos, remonta-se às origens da AED, com a breve exposição dos trabalhos desenvolvidos por três de seus maiores expoentes: Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard Posner.

Didaticamente, faz-se imperativo distinguir a abordagem do estudo da AED, a partir de seus âmbitos positivo e normativo. A partir desta base, apresenta-se, de maneira resumida, quatro das principais perspectivas derivadas desta corrente: a Escola de Chicago, a Teoria Neo-Institucionalista, a Teoria da Escolha Pública e a Escola de New Haven.

Na próxima seção, aborda-se o conceito de eficiência, a partir da elucidação das fórmulas de seu alcance e mensuração desenvolvidos por Pareto e Kaldor-Hicks.

Por último, a investigação é centrada na apuração da teoria efficientista de Richard Posner. Objetiva-se aprofundar o exame das lições deste doutrinador em razão de o mesmo figurar como o principal expoente da AED e a quem o movimento deve sua sistematização. Há de se apontar que, justamente em oposição às conclusões de Posner que se desenvolveram algumas das ramificações da AED e que a doutrina sofreu suas maiores críticas. Embora se tenha conhecimento das demais concepções, dado o protagonismo exercido por Posner no seio da Análise Econômica do Direito, parte-se da teoria por si desenvolvida para a conceituação da eficiência juseconômica<sup>1</sup>.

O quarto capítulo, “A aplicabilidade da noção de eficiência econômica à Administração Pública brasileira”, serve a verificar se, à luz da Constituição, existe possibilidade teórica de se utilizar dos conceitos e da perspectiva efficientista, sob o viés econômico, na Administração Pública.

Unindo-se as exposições realizadas no segundo e terceiro capítulos, investiga-se que tipo de eficiência está referido na previsão constitucional do art. 37. Adiante, confronta-se a eficiência econômica em face dos direitos fundamentais e da vinculação constitucional a esses direitos. Ato seguinte, parte-se para o outro extremo, com a demonstração dos argumentos que defendem a aplicação da racionalidade economicamente efficientista à Administração Pública. Traz-se, também, os argumentos comumente levantado pelos doutrinadores com inclinação econômica de limitação orçamentária e invocação da teoria da “reserva do possível”.

Buscando-se demonstrar o dissídio em relação às visões contrapostas, expõem-se as críticas da doutrina à Análise Econômica do Direito, a partir dos referenciais desenvolvidos por Alexandre Morais da Rosa, na obra “*Diálogos com a Law and Economics*” e por Ronald Dworkin, no artigo “*Is Wealth a Value?*”, em que critica a teoria de Richard Posner de fundação do Direito na maximização da riqueza.

---

<sup>1</sup> Pretende-se, em sede de investigação doutoral, analisar com maior profundidade as conceituações derivadas da AED, inclusive no que toca ao conceito de justiça e ao custo dos direitos. Entretanto, por ora, buscou-se adotar as lições de Posner como demonstrativa dos fundamentos da Análise Econômica do Direito.

Por último, são expostas as conclusões em resposta ao problema sugerido, ao se analisar a aplicabilidade da metodologia proposta pela Análise Econômica do Direito à Administração Pública brasileira e os comentários conclusivos e pertinentes à pesquisa realizada.

## **2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUAS IMPLICAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

### **2.1 OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

Os princípios orientadores da atividade administrativa estão reunidos no Título III - “Da Organização do Estado”, Capítulo VII - “Da Administração Pública”, Seção I - “Disposições Gerais”, especificamente no *caput* do art. 37, da Constituição Federal e compreendem a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência<sup>2</sup>.

Embora o presente trabalho enfoque especificamente o princípio constitucional da eficiência, importa abordar, ainda que de maneira sucinta, a importância e o significado da previsão dos princípios supracitados.

Os princípios constitucionais traduzem os valores eleitos pelo constituinte em um dado tempo como fundamentos da ordem social inaugurada mediante a instituição da nova Carta<sup>3</sup>.

Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema. Apontam os rumos a serem seguidos por toda sociedade e

---

<sup>2</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello indica que, além dos princípios inscritos no *caput* do art. 37, diversos outros princípios importam à atuação administrativa, estejam eles previstos explicita ou implicitamente, como supremacia do interesse público sobre o interesse privado, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, devido processo legal e ampla defesa, controle judicial dos atos administrativos, responsabilidade do Estado por atos administrativos, segurança jurídica. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 93-120.

<sup>3</sup> Geraldo Ataliba elucida a compreensão da importância dos princípios no ordenamento jurídico: “princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica da racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”. ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p.7.

obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos).

Eles expressas a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências.<sup>4</sup>

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 espelha clara preocupação social e pulveriza normas de caráter eminentemente social ao longo de todo o texto constitucional.

Na Constituição vigente, os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, de modo especial no capítulo dos direitos sociais. Além disso, verifica-se que, mesmo em outras partes do texto constitucional (inclusive fora do catálogo dos direitos fundamentais), se encontra uma variada gama de direitos a prestações. Basta, neste contexto, uma breve referência aos exemplos do art. 17, § 3º, da CF (direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário), bem como do art. 5º, incs. XXXV e LXXIV (acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita), para que possamos perceber nitidamente que, até mesmo entre os direitos políticos e direitos individuais (para utilizar a terminologia de nossa Carta), encontramos direitos fundamentais que exercem precipuamente uma função prestacional.<sup>5</sup>

E o faz, em grande parte, mediante a esparsa previsão de diversos princípios constitucionais. Para a correta determinação do significado desses princípios se fará uso da doutrina do constitucionalista alemão Robert Alexy.

Ao se referir à estrutura das normas de direitos fundamentais, Alexy reúne regras e princípios sob o conceito de norma. Isso se deve,

---

<sup>4</sup> ATALIBA, 1985, p. 6-7.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 13 de dezembro de 2011.

segundo entende o autor, ao fato de que “*ambos dizem o que deve ser*”<sup>6</sup>. Além disso, “*ambos podem ser formulados por meio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição*”. Porém, embora sejam da espécie norma, subsistem diferenças fundamentais entre os institutos<sup>7</sup>, das quais o autor faz uso para caracterizar os princípios.

Segundo o critério da generalidade, “*princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo*”<sup>8</sup>

Mas o critério decisivo da diferenciação entre regras e princípios diz que “*princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*”<sup>9</sup>. Por essa fundamentação, os princípios são chamados “*mandamentos de otimização*”. Ou seja, os princípios podem ser satisfeitos em variados graus e sua satisfação depende, além das possibilidades fáticas, das possibilidades jurídicas<sup>10</sup>.

Complementarmente, diz-se que o caráter *prima facie* de regras e princípios informa que as regras detêm determinações de caráter definitivo, que englobam suas possibilidades fáticas e jurídicas (e ambas devem ser, necessariamente, satisfeitas); os princípios, ao contrário, “*exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*”<sup>11</sup> – não contêm um mandamento definitivo, mas somente *prima facie*.

Outra distinção primordial entre regras e princípios, segundo a teoria de Alexy, refere-se às suas colisões. O conflito entre regras “*somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida*”<sup>12</sup>. Caso essa solução não seja possível,

---

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 87.

<sup>7</sup> “A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”. ALEXY, 2011, p. 85.

<sup>8</sup> ALEXY, 2011, p. 87

<sup>9</sup> ALEXY, 2011, p. 90.

<sup>10</sup> As regras, por sua vez, são *determinações* que podem ou não ser satisfeitas, sendo cabível sua aplicação *tudo ou nada*: ou se enquadram fática e juridicamente no âmbito daquela situação, ou não se enquadram.

<sup>11</sup> ALEXY, 2011, p. 104.

<sup>12</sup> ALEXY, 2011, p. 92.

uma das regras (pelo menos) tem que ser declarada inválida e extirpada do ordenamento jurídico<sup>13</sup>.

A colisão entre princípios é resolúvel por meio da verificação de proeminência de um princípio sobre o outro no caso concreto<sup>14</sup>. Não há prevalência absoluta de um sobre o outro, mas tão somente a verificação do *peso* de cada um sob as determinadas condições analisadas naquele caso (*precedência condicionada*). O princípio que obtiver maior peso terá prevalência, e a mensuração do peso ocorrerá por meio do *sopesamento* entre os interesses conflitantes.

A fórmula que condiciona o *sopesamento* entre princípios conflitantes é a *máxima da proporcionalidade*. A máxima da proporcionalidade é composta de três máximas parciais<sup>15</sup>, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> A solução apontada não indica qual das regras em conflito deve ser alvo da declaração de invalidade. Tal solução é dada através da aplicação de outros critérios, tal como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. ALEXY, 2011, p. 93)

<sup>14</sup> ALEXY, 2011, p. 94 e ss.

<sup>15</sup> Virgílio Afonso da Silva esclarece que “a análise da *adequação* precede a da *necessidade*, que, por sua vez, precede a da *proporcionalidade em sentido estrito*.”

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. *Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção*. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve *sempre* proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. [...] Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito”. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais 798, 2002, p. 23-50.

<sup>16</sup> “Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um *sopesamento*, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um *sopesamento* quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em



Revela-se adequado não *“somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”*<sup>17</sup>

A necessidade é averiguada segundo a seguinte lógica: *“um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”*<sup>18</sup>. Em poucas palavras, é a verificação do meio menos gravoso ao atingimento do fim pretendido.

A proporcionalidade em sentido estrito cuida da análise em face das possibilidades jurídicas<sup>19</sup>. Ela *“consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”*<sup>20</sup>.

Importa considerar que

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado *núcleo essencial* de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional<sup>21</sup>.

---

sentido estrito é deduzível do carácter principiológico das normas de direitos fundamentais”. ALEXY, 2011, p. 118.

<sup>17</sup> SILVA, 2002, p. 23-50).

<sup>18</sup> SILVA, 2002, p. 23-50).

<sup>19</sup> As possibilidades fáticas são analisadas em sede de *adequação e necessidade*.

<sup>20</sup> SILVA, 2002, p. 23-50).

<sup>21</sup> SILVA, 2002, p. 23-50).

A fórmula da máxima da proporcionalidade de Alexy permite a adequada aplicação dos princípios, já que é da natureza dessas normas a colisão entre os ditos *valores nucleares do ordenamento jurídico*<sup>22</sup>.

À Administração Pública brasileira o constituinte de 1988<sup>23</sup> elegeu como princípios orientadores a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência<sup>24</sup>. Referidos princípios orientam o exercício da função administrativa pelo Estado e seus agentes<sup>25</sup>.

O primeiro deles corresponde à legalidade. Referido como um dos sustentáculos da concepção do Estado de Direito e do próprio regime jurídico-administrativo, o princípio da legalidade vem definido no inciso II do art. 5.º da Constituição Federal, quando nele se faz declarar que *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*.

Desses dizeres decorre a idéia de que apenas a lei, em regra, pode introduzir inovações primárias, criando novos direitos e novos deveres na ordem jurídica como um todo considerada<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Não raro, suscita-se a existência de conflito entre dois princípios norteadores da Administração Pública: legalidade e eficiência. Sobre esse embate, Alexandre Aragão afirma que "o Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata". ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível na Internet: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 15 de novembro de 2011.

<sup>23</sup> O constituinte original, no caso dos quatro primeiros princípios (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade) e o constituinte derivado, no caso da eficiência (introduzida pela EC 19/98)

<sup>24</sup> Dentro da concepção de princípios adotada (Alexy), pressupõe-se que os referidos princípios são colidíveis, à exceção do princípio da moralidade que, neste caso, opera como se regra fosse.

<sup>25</sup> Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário. MELLO, 2007, p.36)

<sup>26</sup> A expressão inovações primárias busca deixar claro que, embora os atos jurídicos em geral tenham o condão de introduzir inovações na ordem jurídica, apenas a lei pode fazê-lo de forma inicial ou originária. Os demais atos jurídicos

Na seara da Administração Pública, a incidência do princípio da legalidade se relaciona à dimensão dada pela indisponibilidade do interesse público, ou seja, diz-se que o administrador, em cumprimento ao princípio da legalidade, "só pode atuar nos termos estabelecidos pela lei". Não pode este por atos administrativos de qualquer espécie (decreto, portaria, resolução, instrução, circular etc.) proibir ou impor comportamento a terceiro, se ato legislativo não fornecer amparo a essa pretensão. A lei é seu único e definitivo parâmetro.

Essa dimensão do princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública vem ainda diretamente confirmada pelo art. 84, IV, da Constituição Federal, quando estabelece que "*competê privativamente ao Presidente da República (...) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua **fiel execução***" (grifo nosso). Com efeito, por esse dispositivo se revela que, mesmo os atos mais elevados do Executivo, como os regulamentos e os decretos em geral, não inovam, mas apenas são fiéis executores daquilo que *a priori* já se encontra estabelecido em lei.

Deste modo, a afirmação de que a Administração Pública deve atender à legalidade em suas atividades implica a noção de que a atividade administrativa é a desenvolvida em nível imediatamente infralegal, dando cumprimento às disposições da lei. Em outras palavras, a função dos atos da Administração é a realização das disposições legais, não lhe sendo possível, portanto, a inovação do ordenamento jurídico, mas tão-só a concretização de presságios genéricos e abstratos anteriormente determinados.

Sobre o tema, vale trazer a ponto o seguinte discurso de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>27</sup>:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e impessoal, a lei, editada pelo Poder Legislativo –

---

(sentenças judiciais, atos administrativos e outros), de certa forma, apenas criam o aquilo que potencialmente já se encontra admitido em lei. Suas inovações são, por conseguinte, de caráter secundário.

<sup>27</sup> MELLO, 2007, p. 57.

que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização da vontade geral.

O princípio seguinte, a impessoalidade, é comumente associada com o princípio da igualdade ou isonomia (art. 5º, I, Constituição Federal). E

traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimementosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.<sup>28</sup>

Esse princípio tem desdobramentos explícitos em variados dispositivos constitucionais como o art. 37, II, que exige concurso público para ingresso em cargo ou emprego público, no art. 37, XXI, que demanda que as licitações públicas assegurem igualdade de condições a todos os concorrentes, e na exigência de licitação para permissões e concessões de serviço público (art. 175).

Outra derivação do princípio da impessoalidade é revelada na proibição inserta no §1º do art. 37<sup>29</sup>, que traduz a proibição ao patrocínio e crédito a uma pessoa determinada, seja o administrador ou servidor, pelos atos administrativos.

A definição do conteúdo do princípio da moralidade acabou por relacioná-lo aos princípios da lealdade e da boa-fé.

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta

---

<sup>28</sup> MELLO, 2007, p. 110.

<sup>29</sup> Art. 37, §1º “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição.<sup>30</sup>

O dever de moralidade possui direta correlação com a preocupação constitucional de vedação à improbidade administrativa (art. 37, § 4º: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”). Também irradia sua influência sobre os termos do art. 85, V (“art. 85: São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: V - a probidade na administração”) e do cabimento de ação popular para anular atos lesivos, dentre outros, à moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII).

A exigência principiológica de publicidade visa manter a transparência dos atos administrativos. Admite-se a limitação da publicidade somente quando “*imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado*” (art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal).

Derivam da publicidade as previsões de direito à informação, como as previstas no art. 5º, XXXIII, XXXIV, “b” e garantia constitucional do *habeas data* (art. 5º, LXXII, da Constituição Federal).

Por fim, o princípio da eficiência merece uma análise mais aprofundada em face do papel central que ocupa no presente trabalho.

## 2.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA

Neste tópico, cabe analisar o princípio da eficiência a partir do contexto de sua constitucionalização, de seus conceitos e de sua relação com os novos instrumentos de gestão pública.

### 2.2.1 A Reforma Administrativa de 1995 e a constitucionalização do princípio da eficiência

A aprovação da Emenda Constitucional n. 19/98, bem como as demais medidas que envolveram a chamada Reforma Administrativa implementada a partir de meados de 1995, geraram grandes alterações na formatação da Administração Pública brasileira.

---

<sup>30</sup> MELLO, 2007, p. 115.

Raras vezes se viu, na história do Brasil, uma transformação tão rápida e profunda como a que se assistiu no desenho institucional do Estado nos últimos dez anos, se tanto. Não apenas a introdução de novos órgãos e a alienação do controle de empresas estatais marcam os contornos dessa transformação. Assistimos todos ao surgimento de novos órgãos, conceitos, métodos e procedimentos do poder público que, independente do juízo de valor que quanto a isso tenhamos, temos que reconhecer modificaram profundamente o perfil da estrutura jurídico-administrativa brasileira.<sup>31</sup>

A tentativa de instaurar um novo modelo de Estado foi motivada pela constatação de ineficácia do paradigma burocrático<sup>32</sup>, que obrigava os governantes a se defrontar com duas realidades<sup>33</sup>:

---

<sup>31</sup> NETO, Floriano Azevedo Marques. Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, março, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 08 de outubro de 2011.

<sup>32</sup> “A chamada administração pública burocrática teria sido concebida na segunda metade do século XIX, na época do Estado Liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Ela se baseia nos princípios da profissionalização, organização em carreira, hierarquia funcional, impessoalidade, formalismo. Os controles são formais e *a priori*. Como a ideia inspiradora desse tipo de organização é combater a corrupção e o nepotismo, parte-se de uma desconfiança prévia em relação aos administradores públicos. Daí a necessidade de procedimentos rígidos para seleção de pessoal, para celebração de contratos, para exercício do controle”. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Parcerias na Administração Pública Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria, público-privada e outras formas. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.31.

<sup>33</sup> Caio Marini sintetiza os elementos que compõem a crise do Estado burocrático: “a crise dos anos 70, que provocou iniciativas de reestruturação econômica e a reconfiguração das estratégias empresariais (em resposta à crescente globalização e à revolução tecnológica), chega no início dos anos 80, ao Estado a partir, principalmente, de três manifestações básicas: crise financeira (incapacidade de geração de poupança pública para a realização dos investimentos sociais), crise de identidade (transição caracterizada pelo abandono de alguns papéis tradicionais e incorporação de novos) e crise do modo de administrar (explicada pelo esgotamento do modelo burocrático)”.

- a) uma primeira realidade é a situação de crise, especialmente crise financeira; e isso leva a uma constatação: a Constituição Federal atribuiu competências ao poder público que ele não tem condições de cumprir a contento; faltam verbas nas áreas de saúde, educação, previdência social, moradia, transporte, segurança; isso para falar apenas das atividades essenciais;
- b) a segunda realidade é a procura desesperada por soluções: é a busca de institutos novos, de medidas inovadoras, que permitam ao Estado lograr maior eficiência na prestação de serviços que lhe são afetos.<sup>34</sup>

Os defensores da reforma alegavam que o modelo de Administração Pública centralizada, burocrática e ineficiente não mais atendia às necessidades enfrentadas por Estados que suportavam graves crises econômicas, traduzidas por enormes déficits fiscais, aumento do desemprego e taxas declinantes de crescimento. Em suma, tratava-se de um enorme aparato público, dotado de inúmeras responsabilidades e extrema burocracia, que não dispunha dos meios adequados a equacionar o gravame da situação suportada.

A quadra final do século XX corresponde à terceira e última fase, a pós-modernidade, que encontra o Estado sob crítica cerrada, densamente identificado com a idéia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção. Mesmo junto a setores que o vislumbravam outrora como protagonista do processo econômico, político e social, o Estado perdeu o charme redentor, passando-se a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento do processo e da regulamentação.<sup>35</sup>

---

MARINI, Caio. Aspectos Contemporâneos do Debate sobre Reforma da Administração Pública no Brasil: a agenda herdada e as novas perspectivas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, março/abril/maio, 2005. Disponível na Internet: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 18 de outubro de 2011.

<sup>34</sup> DI PIETRO, 2011, p.28.

<sup>35</sup> BARROSO, Luiz Roberto. Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*,

No Brasil, a propalada reforma administrativa destinada a superar o modelo burocrático foi iniciada no Governo Fernando Henrique Cardoso<sup>36</sup> (1994-2002) e trazia em seu bojo profundas transformações na Administração Pública brasileira<sup>37</sup>.

Somente na segunda metade dos anos 90 este movimento chega à América Latina e ao Brasil, em particular, ainda no início do primeiro governo FHC, em um contexto semelhante ao de outros países da região, caracterizado pelo aprofundamento da crise financeira do Estado e pela emergência de reformas estruturais prometidas durante a campanha presidencial e iniciada alguns meses antes da posse com o plano de estabilização econômica (Plano Real). Do conjunto de reformas apresentadas como prioritárias (flexibilização de monopólios, previdência social, tributária, política, etc.) destacava-se a necessidade de repensar a administração pública a partir de sinais de evidente esgotamento do modelo burocrático vigente. Embora houvesse certo grau de conscientização instalada sob o baixo padrão na prestação dos serviços públicos e da necessidade de mudanças, o assunto (reforma administrativa) estava fora da agenda desde o final dos anos 60 e a motivação junto aos servidores públicos era bastante desfavorável em decorrência da herança deixada por tentativas desastrosas recentes (desmonte da era Collor). Finalmente, vale destacar que esta seria a primeira tentativa de reforma num contexto democrático (governo

---

Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível na internet:

<<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 02 de setembro de 2011.

<sup>36</sup> Merece referência a reforma anterior, representada pela edição do DL 200/67, também destinada a superar o modelo burocrático vigente à época, através da descentralização dos entes administrativos.

<sup>37</sup> Numerosas são as críticas dirigidas à Reforma Administrativa de 1995, em razão de sua ideologia, incompletude e de seu aspecto estrutural. Entretanto, por não se tratar do enfoque do presente trabalho, não se abordará este tópico específico.



eleito no primeiro turno, sustentado por uma ampla aliança política que assegurava a folgada maioria no Congresso Nacional).<sup>38</sup>

Para a concretização da reforma, foi instituído, no lugar da Secretaria de Administração Federal (SAF), o Ministério da Administração e da Reforma Administrativa – MARE, comandado por Luis Carlos Bresser Pereira. Sobre a gestação da reforma, Bresser Pereira traz seu depoimento:

Estava convencido, quando cheguei ao governo federal, de que a administração pública brasileira necessitava uma ampla reforma, e estava disposto a assumir a responsabilidade pela iniciativa. Na primeira reunião que tive com o presidente, alguns dias antes de começar o nome governo, disse a ele que planejava realizar essa reforma, da qual deveria constar emenda constitucional definindo de maneira mais flexível a estabilidade dos servidores porque entedia a absoluta estabilidade existente no Brasil incompatível com uma administração moderna. Fernando Henrique observou que essa reforma não estava na agenda, que não fizera parte dos compromissos de sua campanha. Não me impediu, entretanto, de dar os primeiros passos em direção a ela, deixando apenas claro que a decisão de apresentar uma emenda constitucional deveria aguardar o tempo necessário para saber se haveria suficiente apoio político para ela ou não.<sup>39</sup>

A fim de viabilizar o alcance dos objetivos almejados pela reforma, o MARE elaborou o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do

---

<sup>38</sup> MARINI, Caio. Aspectos Contemporâneos do Debate sobre Reforma da Administração Pública no Brasil: a agenda herdada e novas perspectivas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, março/abril/maio, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 18 de outubro de 2011.

<sup>39</sup> PEREIRA, Luis Carlos Bresser. Os primeiros passos da Reforma Gerencial do Estado de 1995. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.16, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009. Disponível na Internet: <[www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp)>. Acesso em 03 de setembro de 2011.

Estado<sup>40</sup>, que delimitou a linha-mestra da busca pelo novo paradigma ao definir quatro níveis de atuação estatal: *núcleo estratégico*, que abrigava os órgãos de cúpula, definidores das políticas públicas e diretrizes estatais (Presidência da República, Ministérios, Secretarias-Executivas, cúpula do Poder Judiciário e casas do Congresso); setor de *atividades exclusivas*, desempenhadas por aqueles a quem compete implementar as atividades típicas do Estado (fiscalização, regulamentação, fomento, segurança pública, tributação, seguridade social básica), definidas pelo núcleo estratégico; setor de *serviços não exclusivos*, correspondente àquelas atividades em o Estado presta em concomitância com organizações privadas (educação, saúde, pesquisa); e setor de *produção de bens e serviços para o mercado*, que é desempenhado pelo mercado privado, com vistas à obtenção de lucro (empresas públicas e sociedades de economia mista).

O Plano foi aprovado em 21 de setembro de 1995 pela Câmara da Reforma do Estado, composta pelos ministros do MARE, do Trabalho, da Fazenda, do Planejamento e Orçamento e pelo ministro chefe do Estado-Maior das Forças Armadas<sup>41</sup>.

Faz-se ali uma distinção entre Reforma do Estado e Reforma do Aparelho do Estado. A primeira “é um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira”, enquanto a segunda “tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e voltada para a cidadania”; é nesse segundo sentido que o assunto é tratado no Plano. E fica expresso que o Plano Diretor focaliza sua atenção na Administração Pública federal, mas muitas de suas diretrizes e propostas podem também ser aplicadas no nível estadual e municipal.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Caio Marini afirma que o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado “teve como ponto de partida uma reflexão conceitual sobre as três formas de administração pública: patrimonialista (ainda presente em algumas práticas); burocrática (dominante, como cultura); e gerencial (emergente e pretendida)”. MARINI, 2005, p.5.

<sup>41</sup> PIETRO, 2011, p.31.

<sup>42</sup> PIETRO, 2011, p.31.

Os objetivos perseguidos pela reforma administrativa podem ser extraídos da Mensagem Presidencial 886/95, convertida na Proposta de Emenda Constitucional nº 173/95, a qual deu origem à EC 19/98:

Incorporar a dimensão de eficiência na administração pública; o aparelho do Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte”, e “ênfatisar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade no cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugadas com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários, repercutirá na melhoria dos serviços públicos”<sup>43</sup>.

A reforma trouxe alterações à Administração Pública nacional. Além da inserção da eficiência dentre os princípios insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal, a reforma alterou profundamente o regramento constitucional aplicável aos servidores públicos.

A principal alteração correspondeu à abolição do regime jurídico único<sup>44</sup>; outras foram a inserção de avaliação periódica de desempenho dos servidores (art.41, III CF), treinamento e aperfeiçoamento dos servidores (art.39, §2º CF), estabilidade após 3 anos de efetivo exercício (art.41 CF), restrição dos cargos de confiança a atividades de “direção, chefia e assessoramento” (art. 37, V CF) e instituição da exigência de transparência e publicidade da remuneração dos agentes públicos (art. 39, §6º CF).

Ademais, a Emenda Constitucional n. 19/98 possibilitou a participação do Terceiro setor na execução de serviços não-exclusivos do Estado, conforme mais adiante se demonstrará.

Também instituiu formas de participação do usuário na administração direta e indireta, nos seguintes sentidos:

1. As reclamações relativas às prestações de serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviço de atendimento ao usuário

---

<sup>43</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 331.

<sup>44</sup> Por meio da ADI n.2.135/DF, em 02.08.2007, o STF suspendeu, por inconstitucionalidade formal, o art. 39, caput, da CF

e avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

2. O acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

3. A disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função pública na administração pública.<sup>45</sup>

Adotou a obrigatoria observância quanto à regularidade fiscal (art. 169 CF)<sup>46</sup>, a qual envolve o volume de despesa com pessoal ativo e

---

<sup>45</sup> MORAES, Antonio Carlos Flores de. Legalidade, eficiência e controle da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 140.

<sup>46</sup> EC 19, Art. 21. O art. 169 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e que não poderá exceder os limites posteriormente estabelecidos em na Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)<sup>47</sup>.

Outra importante contribuição do período foi a elaboração da Lei do Processo Administrativo (Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999), que ficou a cargo de uma comissão de notáveis, formada em parceria com Ministério da Justiça, composta pelos juristas Adilson Abreu Dallari, Caio Tácito (presidente), Carmen Lúcia Antunes Rocha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Inocêncio Mártires Coelho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar e Paulo Modesto.

Previu os contratos de gestão, que ampliam a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta (art. 37, §8º CF).

Esses são alguns dos exemplos significativos das transformações derivadas da Emenda Constitucional n. 19/98.

A síntese da reforma é atribuída à alteração no modo de intervenção estatal<sup>48</sup>, voltando-o para o modelo gerencial, em detrimento do paradigma burocrático adotado até então.

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.

§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.

§ 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º."

<sup>47</sup> A Lei de Responsabilidade Fiscal prestigia o atendimento ao princípio da eficiência em seu texto, a saber, no art. 67, II: Art. 67. O acompanhamento e a avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal serão realizados por conselho de gestão fiscal, constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade, visando a: [...] II - disseminação de práticas que resultem em maior eficiência na alocação e execução do gasto público, na arrecadação de receitas, no controle do endividamento e na transparência da gestão fiscal.

<sup>48</sup> Para maiores informações acerca da reforma administrativa ver: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Instituições, Bom Estado e Reforma da Gestão Pública. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, março/abril/maio, 2005; MARINI, Caio. Aspectos Contemporâneos do Debate sobre Reforma da Administração Pública no Brasil: a agenda herdada e as novas perspectivas. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, março/abril/maio, 2005; FILHO, José dos Santos Carvalho. Estado Mínimo X

A reforma do aparelhamento o Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.

Nesse tipo de administração conservam-se alguns princípios da administração burocrática, como a admissão segundo critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado de remuneração, a organização em carreira, a avaliação de desempenho, o treinamento sistemático.

A diferença fundamental está na flexibilização de procedimentos e na alteração quanto à **forma** de controle, que deixa de ser formal e passa a ser **de resultados**.

Na administração gerencial, busca-se: definir com precisão as metas de cada órgão; outorgar **maior autonomia** ao administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros, para que possa alcançar os objetivos contratados; instituir o controle **a posteriori** ou **de resultados**.

Além disso, deve haver maior **participação** do cidadão e das entidades privadas na administração pública.<sup>49</sup> (grifos no original)

Símbolo do ideal almejado por meio da reforma de 1995, o princípio da eficiência, inicialmente nominado “*qualidade dos serviços prestados*”<sup>50</sup>, passou a ser de observância obrigatória na atividade administrativa e na prestação de serviços públicos dos entes da administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

---

Estado Máximo: o dilema. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Todos disponíveis na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

<sup>49</sup> DI PIETRO, 2011, p.32.

<sup>50</sup> Era esta a nomenclatura inserta na Proposta de Emenda Constitucional nº 173/95. Após debates, concluiu-se que esse nome era impróprio, sendo substituído pelo vocábulo “eficiência”. MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho, 2007, p.7.

## 2.2.2 O princípio constitucional da eficiência

Inserido no texto constitucional por meio da reforma capitaneada pela Emenda Constitucional n. 19/98<sup>51</sup>, a eficiência demanda digressão para que se defina a conceituação e o alcance deste princípio.

Entre os doutrinadores, há aqueles que veem neste princípio uma indissociável natureza econômica, a ver-se:

O Estado deve maximizar as receitas dentro dos limites éticos e de capacidade econômica e contributiva dos cidadãos e gerenciar o orçamento fiscal e monetário com a maior rigidez e disciplina possíveis, ou seja, o investimento, a repartição de receitas intergovernamentais, administração estratégica das empresas estatais, de pessoal, etc., têm que realizar de forma compatível e possível com as receitas e a realidade político-econômica do país.<sup>52</sup>

E ainda:

[...] o princípio da eficiência [...] orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível.<sup>53</sup>

Neste sentido, defende-se que um ato administrativo será tão mais eficiente quanto consiga o melhor atendimento à sua finalidade com o menor dispêndio financeiro possível. É imprescindível que a Administração Pública busque mecanismos que confirmem maior alcance

---

<sup>51</sup> A observância à eficiência dos atos administrativos já continha previsão implícita anterior à EC 19/98. O Decreto-Lei 200/67 já trazia referências ao controle de resultados da atividade administrativa<sup>51</sup>. E a Constituição Federal de 1988 contém, em seu art. 74, II, a previsão da eficiência como quesito de avaliação pelos órgãos de controle interno.

<sup>52</sup> SANCHES, Marcelo Elias. O conceito do princípio da eficiência. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, n. 55, ano 12, março/abril 2004, p. 20.

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª Edição, Editora Malheiros: São Paulo 2002, p.651

do ato administrativo. E tanto melhor se isso resultar na redução dos custos da própria atividade administrativa<sup>54</sup>.

Para Diogo Figueiredo Moreira Neto, bem como para a maior parte da doutrina administrativista brasileira, a eficiência abrange um conceito maior, entendido como otimização dos meios postos à consecução do interesse público<sup>55</sup>.

Não mais, tampouco, aceita como simplesmente referida à eficiência econômica, entendida como incremento da produção de bens e serviços, com redução de insumos e aumento de lucros, mas, com outra e mais ampla percepção, como a que produz um complexo de resultados em benefício da sociedade – portanto, uma eficiência socioeconômica – um conceito híbrido, que consiste em produzir bens e serviços de melhor qualidade o mais rápido possível, na maior quantidade possível e com os menores custos para a sociedade, para efetivamente atender a suas necessidades cada vez mais demandantes.<sup>56</sup>

Assim também o diz Gilmar Mendes:

Esse princípio consubstancia a exigência de que os gestores da coisa pública não economizem esforços no desempenho dos seus encargos, de modo a otimizar o emprego dos recursos que a sociedade destina para a satisfação das suas

---

<sup>54</sup> Como exemplo que corrobora a afirmativa, tem-se, no Estado de Santa Catarina, determinação aplicável à administração direta (Decreto Estadual n. 2.617, de 16 de setembro de 2009) que determina a regra da utilização da modalidade pregão nas licitações destinadas a aquisições de bens e serviços, a fim de possibilitar maior competitividade e consequente economia aos cofres estaduais.

<sup>55</sup> Antonio Carlos Flores de Moraes traz um conceito misto de eficiência dentre aqueles apresentados: “assim, a eficiência como postulada significa o dever de escolher o meio menos custoso, ou seja, o que implique menos custo financeiro. Neste aspecto, eficiência confunde-se com economicidade. Por outro lado, a eficiência significa o dever de promover de modo satisfatório os fins atribuídos à Administração pública”. MORAES, 2007, p. 215.

<sup>56</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 103



múltiplas necessidades; numa palavra, que pratiquem a ‘boa administração’, de que falam os publicistas italianos<sup>57</sup>.

E Paulo Modesto:

Exigência jurídica, imposta aos exercentes de função administrativa, ou simplesmente aos que manipulam recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização de finalidades públicas assinaladas por lei, ato ou contrato de direito público<sup>58</sup>.

Adilson Abreu Dallari conceitua a eficiência ao relacioná-la com outros postulados a ela diretamente relacionados: a legalidade e o interesse público<sup>59</sup>.

Não basta atuar de maneira conforme a lei. Não faz sentido emperrar a Administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: A Administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à satisfação do interesse público<sup>60</sup>.

Sopesando-se os argumentos colacionados, eficiência pode ser traduzida na opção e no procedimento, dentre os possíveis, que melhor atenda ao interesse público, de forma mais ágil, transparente e atualizada, neste sentido também considerado o aspecto de menor dispêndio dos recursos do erário.

---

<sup>57</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 834.

<sup>58</sup> MODESTO, 2007, p.10.

<sup>59</sup> Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “Interesse público ou primário, repita-se, é pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra à compita do Estado como representante do corpo social”. MELLO, 2007, p.96.

<sup>60</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Alterações dos contratos administrativos – economicidade, razoabilidade e eficiência. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 40, p.11.

Ao se tentar definir os elementos que caracterizam a eficiência, está-se por delinear os itens que devem ser perseguidos pela Administração para a consecução desse objetivo. Para tanto, utilizar-se-ão as lições de Alexandre de Moraes<sup>61</sup>, que divide o princípio em 8 elementos, quais sejam:

- *direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum*: conforme o que determina o art. 3º, IV, da Constituição Federal, a promoção do bem de todos é um dos objetivos da República brasileira. O autor destaca que, como objetivo inserto no texto constitucional, tal ditame constitui “vetor de interpretação” na edição e aplicação de leis e demais atos normativos. Esse valor poderia ser traduzido na obediência ao interesse público;

- *imparcialidade* = “a atuação eficiente da Administração Pública exige uma atuação imparcial e independente”<sup>62</sup>;

- *neutralidade* = a Administração deve estar isenta de valores na ponderação dos interesses em conflito;

- *transparência* = a esse respeito, manifesta-se o autor:

O princípio da eficiência da administração pública pretende o combate à ineficiência formal, inclusive com condutas positivas contra a prática de subornos, corrupção, e tráfico de influência. Essa transparência, no intuito de garantir maior eficiência à administração pública, deve ser observada na indicação, nomeação e manutenção de cargos e funções públicas, exigindo-se, portanto, a observância tão-somente de fatores objetivos como mérito funcional e competência.<sup>63</sup>

- *participação e aproximação dos serviços públicos da população* = este elemento caracterizador do princípio da eficiência está ligado ao princípio da gestão participativa que, por sua vez, decorre dos princípios da soberania popular e da democracia representativa, previstos no *caput* do art. 1º, da Constituição Federal. A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe nova redação ao art. 37, §3º e previu que lei disciplinará formas de participação do cidadão na administração pública direta e indireta;

- *eficácia* = divide-se em dois aspectos: material e formal. A primeira diz respeito ao cumprimento, pelos entes administrativos, das

---

<sup>61</sup> MORAES, 2009, p. 332.

<sup>62</sup> Idem, ibidem.

<sup>63</sup> Idem, p.333.

funções que lhes são inerentes, enquanto a formal se relaciona ao curso do processo administrativo, quando há dever de impulso ou resposta por parte da administração<sup>64</sup>;

- *desburocratização* = é imperativo que, na busca pela eficiência, abandone-se a lógica da burocracia, dos atos viciados, demorados, divorciados dos interesses da população;

- *busca da qualidade* = condiz com a otimização dos resultados pela aplicação de determinada quantidade de recursos e esforços. O art. 27, da Emenda Constitucional nº 19/98 determinou que o Congresso deveria elaborar, em 120 dias de sua promulgação, lei de defesa do usuários de serviços públicos, de modo a prestigiar a busca pela qualidade em sua prestação.

Outra face da previsão constitucional do princípio da eficiência é seu papel de orientador da atividade administrativa, graças à sua inserção no rol do *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Elevar a eficiência à condição de princípio constitucional significa reconhecê-la como diretriz da Administração Pública, no sentido de ordenar, limitar e direcionar a sua atuação. Significa concebê-la como dispositivo que irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico,

---

<sup>64</sup> Outra distinção entre eficiência e eficácia é apresentada por Luciano Timm e Giuliano Toniolo, mais focada em seu espectro econômico: “na lição de Marcelo Torres (2004), eficácia é a concreção dos objetivos desejados por determinada ação do Estado, não sendo levados em consideração os meios e os mecanismos utilizados para tanto. Assim, o Estado pode ser eficaz em resolver o problema do analfabetismo no Brasil, mas pode estar fazendo isso com mais recursos do que necessitaria. Já na eficiência há uma clara preocupação com os mecanismos que foram usados para a obtenção do êxito na atividade do Estado. Assim, procura-se buscar os meios mais econômicos e viáveis para maximizar os resultados e minimizar os custos. Em suma: é atingir o objetivo com o menor curso e o melhor resultado possíveis”. E depois, completam: “[...] a primeira (eficácia) se refere à capacidade de produção de resultados, enquanto que a segunda (eficiência) é a busca pelo melhor resultado possível aliada ao menor gasto de forças possível”. TIMM, Luciano, TONIOLO, Giuliano. A Aplicação do Princípio da Eficiência à Administração Pública: levantamento bibliográfico e um estudo da jurisprudência do TJRS. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, junho, julho, agosto, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LUCIANO-BENETTI.pdf>>. Acesso em 19 de outubro de 2011.

orientando a interpretação e a elaboração de normas jurídicas<sup>65</sup>.

O postulado constitucional se soma ao contexto de escassez de recursos públicos para tornar imperativa a atuação estatal eficiente, segundo aduzem Luciano Timm e Giuliano Toniolo:

A partir do advento da Emenda Constitucional 19/98, é incumbência do gestor público atuar segundo o Princípio da Eficiência. Não se trata de um mero princípio agregado ao texto constitucional. Em um país com escassez de recursos econômicos para serem aplicados em diversos setores e necessidades sociais, tratar eficientemente dos custos (evitando desperdícios) é questão de justiça social.<sup>66</sup>

Apesar do consenso entre os doutrinadores de que o princípio da eficiência possui aplicabilidade normativa<sup>67</sup>, há de se definir o alcance desta aplicabilidade. Neste tópico, cabe mencionar o dilema apresentado por Alexandre Santos de Aragão<sup>68</sup>: “*redimensionamento da lei e sua relevância no limite dos resultados alcançados, ou atenção à lei em*

---

<sup>65</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. O princípio da eficiência na Administração Pública. *Revista IOB de Direito Administrativo*. São Paulo v. 3, n. 33, set, 2008, p. 14.

<sup>66</sup> TIMM, TONIOLO, 2009, p.1.

<sup>67</sup> FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.111; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 9, fev-mar-abril, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 08 de outubro de 2011; LEAL, Fernando. Propostas para uma Abordagem Teórico-Metodológica do dever Constitucional de Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na internet:

<<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 13 de outubro de 2011.

<sup>68</sup> ARAGAO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível na Internet: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 15 de novembro de 2011.

*todos os seus componentes e relevância dos resultados apenas no limite da observância à lei*”<sup>69</sup>. Traduzindo-se, há um dissenso sobre a relevância do princípio da legalidade sobre eficiência, e vice-versa.

À questão apresentada, o autor sugere a seguinte solução: valorizar os elementos finalísticos da lei. Ou seja:

[...] Todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado se, *ex vi* do Princípio da Eficiência (art. 37, caput, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico.<sup>70</sup>

Desta feita, confere-se nova lógica ao princípio da legalidade, finalística e material, sem diminuí-lo em detrimento do princípio da eficiência, de modo a adequá-lo à realidade da Administração Pública atual.

O balizamento da legalidade em face da eficiência não é consenso na doutrina<sup>71</sup>, que entende, em maioria, que a eficiência deve ser continuamente perseguida pela Administração Pública, sem ser possível dissociá-la da observância aos demais princípios norteadores da atividade administrativa<sup>72</sup>.

Neste mesmo sentido coloca-se Alinie da Matta Moreira<sup>73</sup>:

O princípio da eficiência deve ser empregado como meio de atingir a excelência na aplicação dos demais princípios da Administração Pública. Assim, em conjunto com o princípio da legalidade, ícone do Estado Democrático de Direito, pressupõe que a Administração Pública empregue seus melhores esforços para atuando em conformidade com os ditames legais, alcançar os resultados esperados a partir das funções públicas que lhe foram atribuídas.

---

<sup>69</sup> Idem, p.1

<sup>70</sup> Idem, p.3

<sup>71</sup> FURTADO, 2007, p.114

<sup>72</sup> Demais princípios insculpidos no caput, do art. 37, da Constituição Federal: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade.

<sup>73</sup> MOREIRA, 2008, p. 20.

E também Vladimir Rocha França, para quem *“somente há o respeito e a observância do princípio da eficiência administrativa quando o administrador respeita o ordenamento jurídico, mesmo diante de finalidade legal efetivamente atingida”*<sup>74</sup>.

As lições expostas demonstram que é não somente possível, mas imperativo que para o rompimento com o modelo de administração burocrática e ineficiente, faz-se necessário a utilização de critérios eficientes, tendo-se a contínua vinculação ao princípio da legalidade e sempre como norte o melhor atingimento dos fins públicos.

### **2.2.3 A eficiência e os novos instrumentos de gestão pública**

A constitucionalização da eficiência tornou-a mandamento a ser seguido na condução da coisa pública. Partindo-se desse princípio, cabe analisar alguns dos novos instrumentos de gestão pública que, surgidos posteriormente à edição da Emenda Constitucional n. 19/98, têm como foco a primazia deste postulado.

Todos esses mecanismos se relacionam ao paradigma da Administração Pública gerencial, o qual tem como fundamento a eficiência administrativa, cuja influência pode ser categorizada em três níveis: técnica, a econômica e a política, conforme sintetizou Luis Carlos Bresser Pereira:

A “Técnica” é caracterizada pela: 1. passagem do controle de procedimento para o controle de resultados; 2. tentativa de redução do custo do serviço público; 3. máxima preocupação com o controle financeiro; 4. grande relevância conferida à avaliação de desempenho dos funcionários; 5. disposição ao cumprimento de metas; 6. ampliação da autonomia de gestão; e 7. avaliação das performances. A “Econômica” é pautada pela: 1. alocação de um controle por competição administrada; 2. criação dos “quase-mercados”; 3. administração por contrato; 3. gestão pela qualidade total. E a “Política” refere-se à

---

<sup>74</sup> FRANÇA, Vladimir Rocha. Notas sobre a eficiência administrativa na Constituição Federal. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, nº 30, p. 79.

existência de controle social e à consideração do cidadão como um cliente<sup>75</sup>.

São três os exemplos propostos: as agências reguladoras, a parceria com o Terceiro Setor e as parcerias público-privadas.

### 2.2.3.1 As agências reguladoras

Inspirada nos modelos administrativos norte-americano<sup>76</sup> e inglês<sup>77</sup>, as agências reguladoras foram criadas no Brasil a fim de instrumentalizar e fortalecer o controle que até então era desempenhado pelo poder concedente, nas concessões outorgadas pela Administração Pública direta<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 47.

<sup>76</sup> “Nos Estados Unidos, o vocábulo ‘agência’ tem sentido amplo, que abrange ‘qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais’”. Em suma, “nos Estados Unidos, toda organização administrativa se resume em agências”. PIETRO, 2011, p.181.

<sup>77</sup> Para maiores detalhes, ver BINEBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago-set-out, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>; PEREIRA, Luis Carlos Bresser. Os primeiros passos da Reforma Gerencial do Estado de 1995. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.16, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>; e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Modelo Norte-americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 22, junho, julho, agosto, 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-RAFAEL-OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em 08 de outubro de 2011.

<sup>78</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello critica a pretensa “novidade” derivada da criação das agências reguladoras: “em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que ora fora batizado que é novo no Brasil. Apareceu ao ensejo da tal ‘Reforma Administrativa’, provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhe, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana (‘agência’)”. MELLO, 2007, p. 168.

No direito brasileiro, começou-se a falar em regulação e em agências reguladoras com o movimento de Reforma do Estado, especialmente quando, em decorrência da privatização de empresas estatais e introdução da idéia de competição entre concessionárias de serviços públicos, entendeu-se necessário “regular” as atividades objeto de concessão a empresas privadas, para assegurar regularidade na prestação dos serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência.<sup>79</sup>

À época, o contexto assim se apresentava:

Do ponto de vista político, o quadro era propício em virtude das idéias liberalizantes da economia adotadas e implementadas pelo Governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso. A insatisfação social com a forma ineficiente de atuação do Estado (intervencionista) que não conseguia, dentre outras coisas, reduzir as desigualdades sociais nem diminuir a crise econômica (inflação, etc), fortalecem os ideais de liberalização da economia. Pretendia-se, destarte, remodelar a feição do Estado, diminuindo-se o seu tamanho com a transferência de inúmeras atividades ao mercado, mas sem que isso significasse um retorno ao modelo clássico do Estado Liberal, pois, agora, o Estado passaria a exercer o seu papel regulador através das agências.<sup>80</sup>

Para que fosse possível o alcance dos objetivos de melhoria na qualidade dos serviços públicos concedidos, era necessário que os entes privados (o chamado “mercado”) tivessem garantias de que o aporte de recursos contaria com instrumentos regulatórios seguros e que estaria a salvo de oscilações políticas.

---

<sup>79</sup> PIETRO, 2011, p.177.

<sup>80</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Modelo Norte-americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 22, junho, julho, agosto, 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-RAFAEL-OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em 08 de outubro de 2011.



Na verdade, mais do que um requisito, o chamado *compromisso regulatório* (*regulatory commitment*) era, na prática, verdadeira exigência do mercado para a captação de investimentos. Em países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários (de esquerda e de direita), o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros. Assim, a implantação de um modelo que subtraísse o *marco regulatório* do processo político-eleitoral se erigiu em verdadeira *tour de force* da reforma do Estado. Daí a idéia da *blindagem institucional* de um modelo, que resistisse até a uma vitória da esquerda em eleição futura<sup>81</sup>.

Importa destacar que as agências reguladoras não foram criação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE, mas sim da Casa Civil, através do projeto de criação da ANEEL. Regina Silvia Pacheco<sup>82</sup> narra curioso fato que envolve esse contexto. Segundo a autora, originariamente, segundo o projeto, a ANEEL seria uma autarquia convencional, sem autonomia decisória ou quaisquer das demais prerrogativas que informam as agências hoje. Coube ao Congresso Nacional a busca por modelos alternativos e a adoção de elementos presentes nas experiências internacionais que envolviam o tema.

A partir dos debates inaugurados pela criação da agência reguladora do setor energético, definiu-se a estrutura comum dos órgãos reguladores. Com início no ano de 1996, a instituição das agências por

---

<sup>81</sup> BINEBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago-set-out, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 de outubro de 2011.

<sup>82</sup> PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das Agências e formas de controle. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 7, setembro/outubro/novembro, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 de outubro de 2011.

meio de leis específicas ocorreu sucessivamente até o ano de 2001, quando da instituição da ANCINE<sup>83</sup>.

Em conceito geral, as agências reguladoras se caracterizam por serem autarquias especiais<sup>84</sup>, que desempenham função reguladora estatal das atividades concedidas, permitidas ou autorizadas à iniciativa privada, mediante procedimentos administrativos.

Dentre suas funções, destacam-se o poder normativo de regular a atividade fiscalizada<sup>85</sup>, o controle e fiscalização da atividade regulada, a

---

<sup>83</sup> Em nível federal, foram criadas as seguintes agências: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei n. 9427, de 26/12/96), Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei n. 9472, de 16/07/97), Agência Nacional de Petróleo – ANP (Lei n. 9478, de 06/08/97), Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei n. 9782, de 26/01/99), Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei n. 9961, de 28/01/00), Agência Nacional de Águas – ANA (Lei n. 9984, de 17/07/00), Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (Lei n. 10233, de 05/06/01), Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei n. 10233, de 05/06/01), Agência Nacional do Cinema – ANCINE (MP n. 2228-1, de 06/09/01, com redação dada pela Lei n. 10454/02).

<sup>84</sup> São consideradas autarquias porque detêm características que as aloca dentro tal ente, tais como: criação através de lei, personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa, gestão administrativa e financeira descentralizada, sujeição ao controle finalístico, controle exercido pelo Tribunal de Contas, presunção de legitimidade dos próprios atos, seus atos se caracterizam pela auto-executoriedade e seus bens são inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis. E são autarquias especiais porque contém instrumentos voltados a evitar a captura de seus dirigentes pelo Estado e pelos entes regulados, definidos pela Lei Federal n. 9.986/2000, como a previsão de mandato fixo e estabilidade deles no cargo (no curso do mandato, estão sujeitos à perda do cargo somente por meio de processo administrativo) e previsão de quarentena após término do mandato, traduzida na impossibilidade de exercício de funções relacionadas ao setor em que atuou por prazo variável, determinado pela lei que criou a agência reguladora.

<sup>85</sup> Motivo de grande controvérsia na doutrina administrativista, o poder normativo das agências reguladoras já foi tema de debates. Apesar disso, desde sua criação, as agências têm editado instrumentos normativos que regulam o setor, sem que a questão fundamental de seu poder normativo tenha sido objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (à exceção da RE n. 264289/CE, Min., Sepúlveda Pertence, DJ de 14.12.01, em que se determinou que sua competência normativa possui “*certa margem de discricionariedade*”, submetida à lei e aos regulamentos. Dentre os autores favoráveis à existência de poder normativos das agências está Floriano Azevedo Marques Neto (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras*

aplicação de sanções, arbitragem de controvérsias, a divulgação pública da atividade e a proteção ao consumidor da atividade regulada.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro atribui às agências dupla função:

- a. de um lado, elas assumem os poderes e encargos do poder concedente nos contratos de concessão, como os de fazer licitação, contratar, fiscalizar, punir, alterar, rescindir, encampar, etc;

---

*independentes*: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.108), para quem do art. 49, V, da Constituição, extrai-se o entendimento de que “*o poder normativo pode ser exercido, na forma que a lei dispuser, pelo Poder Executivo que, na Constituição, é mais amplo que o seu chefe (cf. artigo 76)*” e que o “*constituente admitiu, ainda que genericamente, a possibilidade de delegação legislativa*”. Segundo ele, através da delegação, o Chefe do Poder Executivo fixa limites, objetivos e finalidades do órgão, e estabelece padrões (“*standarts*”) para a regulação, possibilitando, assim, o exercício pleno das funções da agência reguladora. Tem-se verificado esta metodologia nas leis que instituíram as agências federais, a exemplo da ANEEL, ANATEL, ANP, dentre outras. Para José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Agências Reguladoras e Poder Normativo. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 9, fev-mar-abril, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 08 de outubro de 2011), o poder normativo corresponde ao exercício de *função administrativa*, e não legislativa, pois não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Assim, não há que se falar em usurpação da função legislativa pela Administração. No mesmo sentido, Alexandre Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 8 de outubro de 2011), ao afirmar que “*a Lei [...] estabelece apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente*”. Mantém posição contrária Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria, público-privada e outras formas. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011 e PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di (coord.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004), para quem a falta de poder normativo das agências encontra fundamento no inciso II, do art. 5º, da Constituição Federal, que assim dispõe: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei*”. Por não deterem competência legislativa, tão somente regulamentar, a autoria opina que as agências carecem de competência para baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica.

b. de outro lado, as agências exercem a atividade chamada de regulação propriamente dita, que, conforme se verá, é entendida em sentido mais amplo, de modo a abranger competência para estabelecer regras de conduta, para fiscalizar, reprimir, punir, resolver conflito, não só no âmbito da própria concessão, mas também na relação com outras prestadoras de serviço<sup>86</sup>.

Na forma com que foram criadas, as agências reguladoras brasileiras instrumentalizaram a necessária regulação ante a transferência à iniciativa privada de serviços públicos de titularidade estatal (neste caso, mais conhecida como *privatização*). E decisão desses serviços públicos não mais se situarem na órbita do exercício estatal se alinha à ideologia da já referida Reforma do Estado.

Não houve, todavia, uma mudança nos objetivos – a maioria deles de ordem constitucional (ex. a dignidade da pessoa humana) – destas atividades, mas sim uma alteração dos meios pelos quais estas atividades prestacionais devem se valer para realizar os objetivos constitucionais de conteúdo solidarísticos a elas concernentes: de uma titularidade estatal exclusiva e unicidade de prestador sob uma intensa regulação, para uma pluralidade de prestadores, insujeitos à regulação estatal em uma série de importantes aspectos de suas atividades (p.ex., em alguns serviços de telecomunicações a entrada passou a ser condicionada apenas a um ato de autorização vinculada da Administração Pública, sendo a fixação das tarifas também desregulada).<sup>87</sup>

Embora a haja objeções motivadas quanto à utilização que se tem feito do instituto das agências reguladoras<sup>88</sup>, não se deve desqualificar

---

<sup>86</sup> PIETRO, 2011, p.178.

<sup>87</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005, Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 08 de outubro de 2011.

<sup>88</sup> Conforme leciona Rafael Oliveira: “a realidade atual brasileira, especialmente após a primeira sucessão presidencial, depois de criadas as agências, demonstram a necessidade de amadurecimento institucional das

esse instrumento. Isso porque a opção administrativa (e política) de transferir a entes privados a execução de serviços públicos depende, para seu bom funcionamento, de efetiva regulação.

O novo papel do Estado, enquanto regulador, implica no abandono do perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade. Enquanto na perspectiva do Estado liberal incumbe ao poder público assegurar as regras do jogo para livre afirmação das relações de mercado e no Estado social inverte-se este papel, passando a atividade estatal a prover necessidades coletivas, ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais. Mais que um mero garantidor de pré-condições normativas e menos que um produtor de utilidades pública, o Estado hodierno assume um papel de “mediador ativo” de interesses.<sup>89</sup>

Ora, quando da deliberação administrativa sobre a regulação desses entes privados, optou-se por instituir as agências, na forma prevista em suas leis específicas. A opção por este instrumento está diretamente vinculada à forma com que os governos pensam a gestão dos serviços públicos. É por esta razão que se verificou, nas últimas gestões do Governo Federal, oscilações em relação à importância dada às agências reguladoras.

---

*questões polêmicas em torno do tema. O que se verifica, hoje, é uma tentativa de enfraquecimento das agências sem a utilização do processo democrático que deve nortear eventuais mudanças do modelo regulatório. Ao invés de alterações legislativas, do debate democrático e da análise judicial dos problemas apontados, procura-se retirar o poder das agências através de subterfúgios, como, v.g., a nomeação de dirigentes por razões políticas, sem a observância das qualificações técnicas, e, até mesmo, a ausência de nomeação desses dirigentes, impedindo a tomada de decisões deliberativas no seio das agências”.* OLIVEIRA, 2010, p.14.

<sup>89</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 08 de outubro de 2011.

Entretanto, estando as leis criadoras das agências citadas vigentes, entende-se que elas mantêm condições jurídicas de prestar os serviços para os quais foram criadas.

### 2.2.3.2 A parceria com o Terceiro Setor

As leis editadas no final da década de 90 fortaleceram e consagraram o modelo de desempenho de serviços públicos não-exclusivos do Estado por organizações públicas não-estatais.

Christian Mendez Alcântara se utiliza dos argumentos de Bresser Pereira para justificar a opção pelas entidades de Terceiro Setor:

A principal razão, segundo Bresser Pereira, para recorrer a essas entidades públicas não-estatais não é porque sejam mais eficientes na provisão de serviços sociais, mas sim porque elas desenvolvem papéis que nem o Estado nem o mercado conseguem cumprir. Elas apresentam, conforme o autor, três grandes vantagens: a pluralização da oferta de serviços sociais, a desburocratização da gestão social e a responsabilidade de dirigentes e participantes pela organização.<sup>90</sup>

O Terceiro Setor pode ser concebido como

o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (público e privados)<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> ALCANTARA, Christian Mendez. *O modelo gerencial: Organizações públicas não-estatais e o princípio da eficiência: uma visão jurídica e administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 43.

<sup>91</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo et AL (Coord.). *Parceria público-privada: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005, p. 83-119

As entidades de Terceiro Setor<sup>92</sup> têm sua atuação fundada no princípio da subsidiariedade, o qual implica a atuação estatal subsidiária, de modo a não intervir onde a iniciativa privada tem condições de fazê-lo. É marcado pela parceria entre público e privado, focando-se a atuação estatal nas atividades de fomento, coordenação e fiscalização dos atos e funções exercidas pelos entes privados.

Caracterizam-se como entidades do Terceiro Setor as Organizações Sociais (OS) e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)<sup>93</sup>.

O objetivo de ambas as entidades é o mesmo: instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental qualificada pelo poder público, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado. Os dois tipos de

---

<sup>92</sup> Não se deve confundir as entidades de Terceiro Setor com as chamadas ONGs, como leciona Gustavo Henrique Justino de Oliveira: “a sigla ONG significa organização não-governamental, e alcançou grande repercussão no cenário nacional durante a década de 90, notadamente a partir da Conferência da ONU sobre Meio Ambiente, mais conhecida como Rio-92. A expressão não representa, no direito, uma forma de organização jurídica específica de entidades privadas. Por isso não é disciplinada em nenhum texto legislativo ou ato normativo. Sem prejuízo disso, alguns textos legislativos a ela fazem referência, como é o caso do art. 26 da Lei federal n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS: ‘o incentivo a projetos de enfrentamento da pobreza assentar-se-á em mecanismos de articulação e de participação de diferentes áreas governamentais e em sistema de cooperação entre organismos governamentais, não governamentais e da sociedade civil’. [g.n] Por outro lado, principalmente em virtude dos diversos escândalos envolvendo a aplicação ilegal de recursos públicos por algumas ONGs, encontra-se tramitando no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 3.877/04, o qual “dispõe sobre o registro, fiscalização e controle das organizações não-governamentais e dá outras providências”, em que é possível encontrar referências explícitas à expressão *organizações não governamentais*”. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. OSCIPS E LICITAÇÃO: ILEGALIDADE DO DECRETO N. 5.504, DE 05.08.05 (PARECER). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 09 de outubro de 2011.

<sup>93</sup> Apesar de existir divergência na doutrina quanto à qualificação dessas entidades, vide PIETRO, 2011, p.253.

entidade atuam na área dos chamados serviços públicos não exclusivos do Estado, ou mais especificamente, na área dos serviços sociais, que a Constituição prevê como serviço público e como atividade aberta à iniciativa privada, como saúde, educação, cultura, etc.<sup>94</sup>

As Organizações Sociais “são entidades públicas não-estatais de direito privado com autonomia financeira e administrativa, podendo participar do orçamento público, portanto receber dotações orçamentárias”<sup>95</sup>. Elas não detêm fins lucrativos, são criadas por particulares e voltadas à atividades de relevante valor social.

A Lei federal n. 9.637, de 15 de maio de 1998, que disciplinou essas entidades, indica sua área de atuação ao definir que correspondem a “*peçoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos em Lei*” (art. 1º, Lei n. 9.637/98).

A entidade pode corresponder a qualquer forma, seja associação ou fundação, desde que sem fins lucrativos. Ela passará a se qualificar como Organização Social mediante análise sujeita ao juízo discricionário do Ministério correspondente à atividade desempenhada.

Uma vez qualificada como Organização Social, a entidade se habilita a firmar, junto ao Poder Público (aqui traduzido no Ministério correlato), o contrato de gestão.

A Lei n. 9.637/98, em seu art. 5º, qualifica o contrato de gestão como “*O instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º*”.

A eficiência está prevista como princípio de observância obrigatória na elaboração do contrato de gestão (art. 7º, Lei n. 9.637/98). Ademais, o conteúdo do contrato de gestão versará acerca dos recursos humanos, materiais e financeiros a serem empregados, além da definição de metas (qualitativas e quantitativas) e resultados a serem alcançados.

De outro lado, a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) “*constitui qualificação jurídica dada a peçoas*

---

<sup>94</sup> PIETRO, 2011, p.252.

<sup>95</sup> ALCANTARA, 2009, p. 67.



*jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria*<sup>96</sup>.

É disciplinada pela Lei federal n. 9.790, de 23 de março de 1999. A qualificação como OSCIP é dada pelo Ministro da Justiça, conforme disciplina o art. 6º, da Lei n. 9.790/99.

A entidade qualificada como OSCIP torna-se apta a firmar, junto ao Poder Público, Termo de Parceria (art. 9º, Lei 9.790/99).

Seu vínculo com a Administração estabelece-se por meio de termo de parceria, que deve incluir, como cláusulas essenciais: o **objeto**, com especificação do programa de trabalho; as **metas** e os **resultados** a serem atingidos e os respectivos **prazos** de execução ou cronograma; os critérios objetivos de **avaliação de desempenho**, mediante indicadores de resultado; **previsão de receitas e despesas**, inclusive com detalhamento das remunerações e benefícios do pessoal a serem pagos com recursos oriundos ou vinculados ao termo de parceria; obrigatoriedade de apresentação de **relatório anual**, com comparação entre as metas e os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas; publicação na imprensa oficial do extrato do termo de parceria e de demonstrativo de sua execução física e financeira (art. 10, §2º).<sup>97</sup> (grifos no original)

Resta claro, ao se analisar os elementos essenciais do Termo de Parceria supracitados, que se aplicam aqui noções eminentemente gerenciais, em busca do melhor resultado a partir do Termo firmado. Os prazos, a avaliação de desempenho, o monitoramento dos custos e a prestação de contas quanto aos resultados alcançados são todos instrumentos oriundos da esfera privada cuja aplicabilidade vêm ao encontro dos objetivos almejados pelo Termo de Parceria. E, nesse sentido, tanto quanto o contrato de gestão, coadunam-se ao princípio balisador da Reforma Administrativa, a eficiência.

---

<sup>96</sup> PIETRO, 2011, p.279.

<sup>97</sup> PIETRO, 2011, p.280.

### 2.2.3.3 As parcerias público-privadas

As parcerias público-privadas (PPPs) constituem o mais recente instrumento de gestão pública criado a fim de tentar suprir a lacuna deixada pelo Estado no (mau) desempenho de suas funções.

A Lei federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, abarcou sob o manto das PPPs duas espécies de concessão, que se somam à já conhecida concessão da Lei federal n. 8.987/95: concessão administrativa e concessão patrocinada.

Inspirada nos modelos adotados no sistema do *common law* e no direito comunitário europeu<sup>98</sup>, as parcerias público-privadas foram instituídas no Brasil especialmente a fim de viabilizar investimentos em infraestrutura, para os quais a Administração não dispõe de recursos suficientes ante a enorme demanda nacional<sup>99</sup>.

São características comuns às duas modalidades de PPPs: *“adesão voluntária ao ajuste (auto-condição de ambas as partes), mediante uma convergência dos seus respectivos interesses, à luz de uma complementariedade dos encargos, atenuação das possibilidades*

---

<sup>98</sup> “É de se ponderar que a gênese das discussões contemporâneas sobre as Parcerias Público-Privadas se encontra nos idos de junho de 1988, em Milão, quando ocorreu um seminário internacional sobre as formas jurídicas possíveis de cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e as Administrações Públicas locais nas áreas urbanas, com o objetivo de se identificarem quais os modelos mais eficazes para o envolvimento do empresariado (no financiamento e na gestão das atividades públicas), foram dos jurídico-organizacionais tradicionais e por meios diferentes de aporte do capital necessário aos empreendimentos”, CALDAS, Roberto. *Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 183.

<sup>99</sup> Sobre o tema, comenta Alexandre Santos de Aragão: “com a crise de financiamento do Estado a partir da década de oitenta, esgotou-se a sua capacidade de financiamento de uma série de obras de infraestrutura e de serviços públicos (rodovias, hidrovias, linhas de transmissão de energia, redes de distribuição de água e de coleta de esgoto, gasodutos, etc). Muitos desses serviços, apesar de o Estado não ter capacidade financeira para implantá-los e que foi acompanhado da idéia de o Estado ser menos eficiente do que a iniciativa privada para fazê-lo, poderiam perfeitamente ser prestados à sociedade pela iniciativa privada, gerando bons resultados para os investidores que construísem ou aperfeiçoassem a infraestrutura”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As PPPs e as Concessões Administrativas*. In: MARQUES NETO, Floriano Azevedo (coord.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31-46.

*de alterações unilaterais da avença por parte do parceiro público, flexibilização das instituições jurídicas correlatas ao pactuado*”<sup>100</sup>.

À par das diferenças entre suas espécies, a idéia central das PPPs pode ser assim sintetizada:

O Estado lança mão de uma forma de financiamento de infraestruturas que não podem ser amortizadas apenas com tarifas. Ao invés de realizar uma operação de empréstimo direta com uma instituição financeira para obter esses recursos, contrata uma empresa privada que, via de regra, vai por sua conta realizar uma similar operação de crédito para efetuar obras e prestar os serviços contratados. Mas como a tarifa não é suficiente (concessões patrocinadas) ou até mesmo inexistentes (concessões administrativas), o Estado irá aos poucos – ao longo do prazo de vigência do contrato e apenas depois de disponibilizado o serviço – pagando pelo montante despendido previamente pela empresa privada.<sup>101</sup>

Quanto às suas espécies, conforme já comentado, as espécies de PPPs se dividem em concessão administrativa e concessão patrocinada.

As concessões administrativas são definidas pela Lei n. 11.079/2004 como “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (art. 2º, §2º). A principal peculiaridade das concessões administrativas diz respeito ao fato de que a contraprestação paga ao parceiro privado se faz exclusivamente com recursos do Estado (em qualquer das formas previstas no art. 6º, da Lei 11.079/2004). Ou seja, não há possibilidade de cobrança de tarifa dos usuários.

Alexandre Santos de Aragão sintetiza o que indica ser amplo leque de serviços públicos passíveis de concessão administrativa:

1. Serviços públicos econômicos em relação aos quais o Estado decida não cobrar tarifa alguma dos usuários (ex. rodovia em uma região muito pobre); 2. Serviços públicos sociais, como a

---

<sup>100</sup> CALDAS, 2011, p. 185.

<sup>101</sup> ARAGÃO, 2011, p. 33.

educação, a saúde, a cultura e o lazer em geral, que também poder ser prestados livremente pela iniciativa privada; [...] 3. Atividades preparatórias ou de apoio ao exercício do poder de polícia, que em si, é indelegável à iniciativa privada, nos termos estabelecidos no art. 4º, III, da Lei n. 11.079/2004. Seriam os casos dos serviços de hotelaria em presídios, da colocação de parais eletrônicos em vias públicas, prestação de serviços de reboque para remoção de veículos estacionados irregularmente, etc.; 4. Atividades internas da Administração Pública, em que o próprio Estado, aí incluídos seus servidores, é o único beneficiário do serviço (ex. construção e operação de uma rede de creches ou restaurantes para os servidores públicos, construção e operação de um centro de estudos sobre a gestão administrativa para elaboração de projetos para maior eficiência do Estado, etc.)<sup>102</sup>

De outro lado, a concessão patrocinada “*é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado*” (art. 2º, §1º, da Lei 11.079/2004).

Apesar da similitude da concessão patrocinada com a chamada concessão comum, da Lei n. 8.987/95, há diferenças fundamentais entre os dois institutos:

No que diz respeito ao conceito, a principal diferença entre a concessão patrocinada e a concessão de serviço público comum é a que diz respeito à forma de remuneração; assim mesmo, essa diferença pode desaparecer se, na concessão tradicional, houver previsão de subsídio pelo poder público, conforme previsto no artigo 17 da Lei n. 8.987/95. Também existe diferença no que diz respeito (a) aos riscos que, nas parcerias público-privadas, são repartidos com o parceiro público, (b) às garantias que o poder público presta ao parceiro privado e ao financiador do projeto, e (c) ao compartilhamento entre os parceiros de ganhos econômicos decorrentes da

---

<sup>102</sup> ARAGÃO, 2011, p. 36-37.

redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado.<sup>103</sup>

Em síntese, a concessão patrocinada será dotada das seguintes características: remuneração através de tarifa e outras fontes de receitas (art. 11 da Lei n. 11.079/2004); obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósito específico para gerir o objeto da parceria; compartilhamento de riscos com o ente público, possibilidade de aplicação de penalidades à Administração em caso de inadimplemento contratual e prazo mínimo e máximo determinado para a vigência do contrato.

As peculiaridades acima apontadas evidenciam a desconstrução da característica de império da Administração no contrato administrativo. Ao “descer um degrau” e equiparar-se com o ente privado em diversos aspectos do contrato, a Administração Pública torna possível a celebração das parcerias público-privadas. Do contrário, dificilmente esta seria uma alternativa viável, eis que são contratos financeiramente vultuosos<sup>104</sup>, cuja contraprestação por parte da Administração se inicia tão somente após a entrega do objeto.

Em ambas as espécies de PPPs, novamente se verifica a primazia da eficiência, seja por meio de sua fixação como diretriz da contratação da parceria (art. 4º, I), ou na própria utilização do parceiro privado para a execução de obras e empreendimentos que seriam obstados ante a morosidade administrativa e carência de recursos públicos.

Por todo o exposto, vislumbra-se que a eficiência tem sido valor norteador e o fundamento dos últimos instrumentos postos à disposição da Administração Pública e, por isso, a discussão acerca de seu alcance mantém sua atualidade e importância no Direito Administrativo.

---

<sup>103</sup> PIETRO, 2011, p.147.

<sup>104</sup> A Lei n. 11.079/2004 estabelece, no art. 2º, §4º, I, como valor mínimo do contrato R\$ 20 milhões.

### 3 ASPECTOS GERAIS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E AS CONCEPÇÕES DE EFICIÊNCIA

#### 3.1 ASPECTOS GERAIS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito (AED) corresponde à abordagem que subverte o tradicional enfoque hermenêutico aplicado ao Direito, que usualmente analisa a normatividade das regras jurídicas para identificar o conteúdo e alcance dessas normas.

A concepção da AED é que o Direito é um “*conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos*”<sup>105</sup>. Ao considerar os indivíduos agentes econômicos racionais, que respondem a incentivos, presume-se que façam suas escolhas visando maximizar seus benefícios, ou seja, buscam o que lhe trará maior utilidade (maior satisfação) ao menor custo (preço)<sup>106</sup>.

[...] a abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso essa regra seja alterada.

---

<sup>105</sup> GICCO JUNIOR, Ivo. Notas sobre Análise Econômica do Direito e Epistemologia do Direito. In: Conselho Nacional de Pesquisa em Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Anais eletrônicos. São Paulo: USP, 2009. Disponível em <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2662.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2662.pdf)>. Acesso em 16/11/2010, p. 18

<sup>106</sup> “Como as pessoas tomam decisões comparando custos e benefícios, seu comportamento pode mudar quando os custos ou os benefícios se alteram. Isto é, as pessoas respondem a incentivos. Quando o preço das maçãs aumenta, por exemplo, as pessoas decidem comer mais peras e menos maçãs, porque o custo de comprar maçãs está maior. Ao mesmo tempo, os produtores de maçãs decidem contratar mais gente e colher mais maçãs também é maior. Como veremos, o efeito do preço sobre o comportamento de compradores e vendedores de um mercado- neste caso o mercado de maçãs – é fundamental para entender como funciona a economia”. MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 7.

Nesse sentido, a normatividade do direito não apenas não é pressuposta como muitas vezes é negada, isto é, admite-se que regras jurídicas enquanto incentivos – em algum caso concreto – podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos.<sup>107</sup>

O estudo das normas jurídicas como incentivos tem como base a teoria econômica. Essa teoria fornece alguns conceitos gerais que merecem uma análise mais detida.

Inicialmente, importa considerar que os recursos da sociedade são escassos. A *escassez dos recursos* impõe à sociedade o dever da escolha entre alternativas possíveis e excludentes entre si. Essa idéia se conecta ao conceito de *trade off*<sup>108</sup>, o qual se traduz na alocação preterida do recurso, também conhecida como *custo de oportunidade*<sup>109</sup>.

As escolhas desempenham papel central na teoria de base da AED, eis que esta corrente fundamentalmente considera os agentes econômicos (os homens e mulheres) como racionais maximizadores de seu próprio bem-estar. Ou seja, novamente se diz que pessoas respondem a incentivos. Revela-se também neste ponto o *individualismo metodológico* que permeia a AED. Segundo essa teoria, a análise do comportamento mediante incentivos se origina na verificação individual dos agentes econômicos.

É no mercado, economicamente considerado, onde ocorrem as transações econômicas, ou seja, é o contexto social onde as pessoas fazem opções baseadas em incentivos e na busca pela maximização de seu bem-estar. Aqui importa ressaltar que os valores em jogo não se restringem aos pecuniários, mas sim a todos os valores

---

<sup>107</sup> GICCO JUNIOR, 2009, p. 18

<sup>108</sup> “A primeira das lições acerca da tomada de decisões se resume no dito popular de que ‘Nada é de graça’. Para obter uma coisa que desejamos, em geral temos de abrir mão de outra coisa da qual gostamos. Tomar decisões exige comparar um objetivo com outro”. MANKIW, 2001, p. 4.

<sup>109</sup> “Custo de oportunidade deve ser entendido a partir do princípio da escassez [...]. Como os recursos são escassos mas os desejos e necessidades humanas não são, só se pode satisfazer uma necessidade se deixar de satisfazer outra. A alternativa de que se abdicou é o que se chama de custo de oportunidade. Assim, o custo de oportunidade de um bem ou serviço é a quantidade de outros bens e serviços a que se deve renunciar para obtê-los”. ALBUQUERQUE, Luiz. Introdução ao estudo da Análise Econômica do Direito. Disponível em <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf)>. Acesso em 10/12/2010, p.15.

de alguma importância ao agente econômico, sejam idéias, política, moral ou até mesmo sexo.

Ora, se o convívio social ocorre em meio à economia de mercado e se, evidentemente, presente está, no homem, a sua necessidade de sobrevivência, conforme uso de escassos recursos; seu proceder deve ser pautado por racionalidade lógico-formal que leve à eficiência e maximização de interesses. [...] Entende-se, pois, que a prática jurídico-econômica de mercado, como discurso hegemônico, deve fazer refletir fenômeno jurídico-social conforme a realidade inevitável e inarredável da previsão legal segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros – riqueza – e de eficiência econômica que ocorram dentro de uma dialética sócio-econômico-normativa construtiva e inclusora<sup>110</sup>.

As transações entre os agentes buscarão atingir o *equilíbrio*<sup>111</sup> do mercado, quando os desperdícios estarão eliminados e se revelará a *eficiência* daquele cenário.

Em microeconomia acredita-se que exista uma tendência no mercado pela qual fornecedores e consumidores interagem de maneira a evitar que haja excedente na quantidade fornecida ou escassez na quantidade consumida. O ponto de equilíbrio seria o preço marcado pela interseção entre a curva de oferta e a curva de demanda. Para os economistas este é o equilíbrio ideal que não deveria ser afetado pela intervenção do Estado, uma vez que qualquer interferência “distorceria” as condições normais do mercado. Este princípio, profundamente relacionado à lei de oferta e

---

<sup>110</sup> GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Direito e a *Law and Economics* – possibilidade interdisciplinar na contemporânea análise econômico-jurídica internacional. Disponível em: <<http://www.seer.furg.br/ojs/index.php/juris/article/viewFile/595/138>>. Acesso em 02/03/2011, p. 6

<sup>111</sup> Pode-se considerar equilíbrio o padrão de comportamento interativo que se atinge quando todos os agentes estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente.



procura, vale tanto para o mercado de bens e serviços, quanto também para o mercado de recursos. Trabalho e capital<sup>112</sup>.

A eficiência é conceito chave para a Análise Econômica do Direito. Por isso, busca-se verificar a relação existente entre a eficiência economicamente analisada (pela AED) e a eficiência administrativa, conforme prevista no art. 37 da Constituição Federal.

### 3.1.1 Denominação e estudo da Análise Econômica do Direito

É variável a denominação designada à corrente teórica em questão. Há quem o diga, a exemplo dos norte-americanos, *Law and Economics*; outros, em solo nacional, utilizam-se da tradução literal dessa nomenclatura, referindo-se ao *Direito e Economia*. Por fim, muitos fazem uso da expressão *Análise Econômica do Direito* (AED) (derivada de *Economic Analysis of Law*) a qual será majoritariamente empregada no presente estudo.

A teoria utilizada no presente trabalho se justifica ante sua enorme abrangência e crescente profusão no universo do Direito em diversos países. A síntese dessa abrangência é oferecida por Cooter e Ulen<sup>113</sup>:

By 1990 at least one economist was on the faculty of each of the top law schools in North America and some in Western Europe. Joint degree programs (a Ph.D. in economics and a J.D. in law) exist at many prominent universities. Law reviews publish many articles using the economic approach, and there are several journals devoted exclusively to the field. Recently, an exhaustive study found that articles using the economic approach are cited in the major American law journals more than articles using any other approach. Most law school courses in America now include at least a brief summary of the economic analysis of law. By the early 1990s,

---

<sup>112</sup> ALBUQUERQUE, Luiz. *Introdução ao estudo da Análise Econômica do Direito*. Disponível em <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf)>.

Acesso em 10/12/2010, p. 17.

<sup>113</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3ed. Addison Welsey Longman. 2000, p. 2.

there were professional organizations in law and economics in Europe, Canada, the United States, Latin America, and Australia. The field received the highest level of recognition in 1991 and 1992 when consecutive Nobel Memorial Prizes in Economic Science were awarded to economists who helped to found the economic analysis of law – Ronald Coase and Gary Becker. Summing this up, Professor Bruce Ackeman of the Yale Law School described the economic approach to law as “the most important development in legal scholarship of the twentieth century”<sup>114</sup>.

A sedimentação da teoria da Análise Econômica do Direito nos países da *Common Law* não impede sua importação para países de tradição civilista, como é o caso do Brasil. É o que se defende por meio da afirmativa de Richard Posner<sup>115</sup>:

---

<sup>114</sup> Por volta de 1990, pelo menos um economista estava na faculdade de cada uma das escolas de direito na América do Norte e alguns da Europa Ocidental. Programas de graus conjuntos (doutorado em economia e um doutoramento em Direito) existem em muitas universidades de destaque. Revistas de Direito publicam muitos artigos utilizando a abordagem econômica, e há várias revistas dedicadas exclusivamente para o campo. Recentemente, um estudo exaustivo descobriu que artigos usando o método econômico são mais citadas nas principais revistas de direito norte-americano do que artigos que utilizam qualquer outra abordagem. A maioria dos cursos da escola de direito na América incluem pelo menos um breve resumo da análise econômica do direito. Até o início de 1990, existiam organizações profissionais de direito e economia na Europa, Canadá, Estados Unidos, América Latina e Austrália. O campo recebeu o maior nível de reconhecimento em 1991 e 1992, quando consecutivos Prêmios Nobel em Ciências Econômicas foram concedidos a economistas que ajudaram a fundar a análise econômica do direito - Ronald Coase e Gary Becker. Em resumo, o professor Bruce Ackeman da Yale Law School descreveu a abordagem econômica do direito como "o desenvolvimento mais importante no conhecimento jurídico do século XX" (tradução nossa).

<sup>115</sup> Ainda no prefácio à edição brasileira de seu livro *A Economia da Justiça*, o autor acrescenta algumas colocações ao estudo da AED no Brasil: “Para concluir, devo fazer duas considerações relacionadas com a aceitação da abordagem econômica pela comunidade jurídica brasileira. A primeira diz respeito à formação dos juízes; a segunda, ao caráter do Brasil como país em desenvolvimento, e não ainda plenamente desenvolvido. Nos sistemas de *civil law*, a formação de advogados e juízes tende a ser estritamente profissional em portanto, metodologicamente conservadora. Uma concepção de direito que o entenda como um fator político, dando ênfase à discricionariedade judicial e à

Já afirmei, e repito, que isso se aplica também aos sistemas jurídicos de *civil law*. Esses sistemas se baseiam numa legislação mais detalhada do que as que geralmente vigoram nas jurisdições anglo-americanas. Mas nenhuma legislação é detalhada a ponto de esgotar todas as possibilidades de disputa judicial que podem ocorrer numa sociedade dinâmica. Todas elas deixam grande espaço para o exercício da discricionariedade por parte dos juízes<sup>116</sup>.

Outrossim, a extensa propagação da doutrina no continente europeu auxilia a pesquisa de propostas à sua implementação no Brasil. Por isso, em diversos tópicos deste estudo serão utilizadas obras e conceitos importados de autores norte-americanos e europeus. Isto em face da vasta e significativa bibliografia alienígena, necessária à fundamentação que se busca oferecer no estudo proposto.

---

permeabilidade do processo judicial às influências de outras disciplinas, como a economia, não é um modo espontâneo de pensar para advogados e juízes formados na tradição do civil Law. Por isso todo esforço para introduzir a análise econômica do direito no sistema jurídico brasileiro deve começar nas universidades e faculdades de direito.

Em segundo lugar, num país em desenvolvimento como é o Brasil, a análise econômica do direito deve ter uma ênfase diferente da que tem em países plenamente desenvolvidos, como Estados Unidos, Reino Unido, França, Alemanha e Japão. Nestes últimos, a importância dos direitos de propriedade, da liberdade contratual, da independência do judiciário, da discricionariedade judicial bem orientada e das limitações ao poder do Estado é tomada como ponto pacífico. Nos países em desenvolvimento, por outro lado, esses valores tendem a ser postos em questão e só se efetivam de modo incompleto. Nesses países, a proteção dos direitos de propriedade, a garantia de liberdade contratual, a prevenção da corrupção e do favoritismo político e a limitação do poder regulador do Estado sobre a economia têm ou dever ter um relevo muito maior do que é necessário em sociedades plenamente desenvolvidas. [...] Isso é ótimo e ajuda a confirmar os valores que o movimento ‘direito e economia’ tem a oferecer ao sistema jurídico brasileiro.” POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. XVII-XVIII.

<sup>116</sup> POSNER, 2010, p. XVI.

### 3.1.2 Conceito e interdisciplinariedade da Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito (AED), ou *Law and Economics*, é o movimento interdisciplinar que foca o estudo do Direito a partir de conceitos e métodos econômicos. Assim o diz Bruno Meyerhof Salama: “*Pode-se conceituar a disciplina Direito e Economia como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas*”<sup>117</sup>.

Mercado Pacheco<sup>118</sup> indica que a AED é uma reformulação econômica do Direito, colocando no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do Direito, o custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins e as consequências econômicas das intervenções jurídicas.

Importante a ressalva apresentada por Gherzi<sup>119</sup>, que projeta luz sobre a possível confusão entre o movimento da Análise Econômica do Direito e a disciplina conhecida como “Direito Econômico”:

A análise econômica do direito é uma questão distinta do direito econômico; é uma ferramenta científica. O jurista descobre que o direito, no aspecto de regulação economia – não é o centro da sociedade, senão, pelo contrário, é o sistema, que desde o Estado trata de reduzi-lo a um mero apêndice. Aparecem assim as instituições do direito econômico, como o contrato ou a reparação de dano, como objeto de conhecimento e análise, rompendo o esquema clássico da pureza abstrata e a não contaminação científica.

Apesar de parecer inovador, o paradigma proposto pela Análise Econômica parte do pressuposto de que a racionalidade que o fundamenta já consta do comportamento cotidiano das pessoas, que

---

<sup>117</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia*: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

<sup>118</sup> MERCADO PACHECO, Pedro. *El analisis Economico del Derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 34-35.

<sup>119</sup> GHERSI, Carlos Alberto. Aproximação à análise econômica do direito e suas conexões com o direito econômico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 51, ano 13, julho-setembro 2004, p. 255.

diuturnamente fazem escolhas baseadas no que lhes parece mais vantajoso<sup>120</sup>.

Assim, admitindo-se que os indivíduos são agentes econômicos racionais, que escolhem suas ações visando maximizar seus benefícios, é possível constatar que o agente irá escolher o comportamento que lhe seja mais vantajoso, isto é, que lhe irá trazer maior utilidade (maior satisfação) ao menor custo (preço)<sup>121</sup>.

Richard Posner desmistifica a propalada “revolução” originada dessa corrente, ao dizer que *“a novidade do movimento ‘direito e economia’ está simplesmente em insistir que os juízes, ao tomar decisões, exerçam sua ampla discricionariedade de modo que se produzam resultados eficientes, entendidos no sentido de resultados que evitem o desperdício social”*<sup>122</sup>.

Embora bastante contestada em face das dificuldades interdisciplinares<sup>123</sup>, a aproximação entre o Direito e as Ciências Econômicas é possível e defensável, segundo as lições dessa doutrina.

---

<sup>120</sup> É o que defende Posner: *“Central to this book is the further assumption that man is a rational utility maximizer in all areas of life, not just in his ‘economic’ affairs, that is, not only when engaged in buying and selling in explicit markets”*. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 6 ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 4.

<sup>121</sup> CARVALHO, Cristiano; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *A superação de regras por princípios jurídicos na atividade jurisdicional: um enfoque pela análise econômica do Direito*. Cadernos de Direito Tributário. 109/110, p. 97.

<sup>122</sup> POSNER, 2010, p. XIV.

<sup>123</sup> “Há pelo menos dois problemas centrais em qualquer tentativa de introdução de matéria interdisciplinar na academia. O primeiro é o de que os movimentos interdisciplinares podem ser tomados por uma certa idéia de grandeza, um torpor que surge da ilusão de terem as resposta definitivas para uma enorme gama de problemas. No afã e conquistarem seu espaço na academia – e na política – tais movimentos superestimam suas potenciais contribuições e subestimam seus limites. O segundo problema é que a interdisciplinariedade é complexa, e seu estudo requer um grau de profundidade que nem sempre se pode atingir nas salas de aula. As tentativas de introdução do estudo interdisciplinar – de qualquer estudo interdisciplinar – nos cursos de Direito são frequentemente feitas sem o nível de sofisticação (ou de cuidado) necessário, e assim corre-se o risco de lecionar versões excessivamente limitadas (ou mesmo grotescas, do tipo ‘receita de bolo’).” SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In: *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do

Conforme o *Law and Economics*, não se trata de atribuir exclusiva hegemonia à eficiência de mercado em detrimento do Direito, senão, pelo contrário, determinar a necessária interação entre e fenomenologia desenvolvida no espaço econômico e sua regulação normativa, de forma a evitar o descompasso entre a realidade econômica dinâmica e a realização de condições mínimas no âmbito dos Direitos Sociais. A realidade deve estar amparada por um sistema interpretativo-normativo que, antes de entravar os diversos processos sociais, deve estruturá-los e dinamizá-los rumo à superação conjunta dos problemas que assolam as sociedades desatendidas.<sup>124</sup>

E por que o Direito deveria dialogar e se aproximar da Economia? A resposta é apresentada pelo professor Luciano Benetti Timm:

Brevemente, em primeiro lugar, porque a Economia é a ciência que descreve de maneira suficientemente adequada o comportamento dos seres humanos em interação no mercado, que é tão importante para a vida real em sociedade. Em segundo lugar, porque a Economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico, sendo hoje uma das grandes estrelas dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático e econométrico de seus modelos. Em terceiro lugar, a Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência no manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas – que é um problema-chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais<sup>125</sup>.

---

Advogado, 2008. 49-61. Disponível em : [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/16](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16)

<sup>124</sup> GONÇALVES, Everton das Neves; Stelzer, Joana. A Administração Pública na sociedade transnacional: o critério da Law and Economics para a tomada de decisão. Disponível em:

<[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/everton%20das\\_neves\\_goncalves.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/everton%20das_neves_goncalves.pdf)>. Acesso em 14/08/2010.

<sup>125</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?* In *Direitos*

O mesmo autor defende que a noção de eficiência trazida pela Economia ao Direito corresponde a uma imposição jurídica e econômica ao gasto público. Isto porque a promoção dos direitos sociais depende da mudança da perspectiva adotada. Sugere-se, no artigo referido, que através da Economia, é possível ao Estado “*eleger prioridades de gastos sociais e fazer eleições que por vezes podem soar ‘trágicas’, mas sempre dentro da realidade de que existirão necessidades sociais que não poderão ser atingidas em sua totalidade pelos governos*”<sup>126</sup>.

Mas de que forma a economia pode auxiliar o profissional e estudioso do Direito? Esse questionamento foi respondido por Bruno Meyerhof Salama na ocasião da abertura da II Conferência Anual da Associação Brasileira de Direito e Economia. Segundo o referido autor,

A economia é uma ferramenta importante para iluminar a relação entre meios jurídicos e fins normativos. [...]. Quando há uma grande quebra nessa relação, o debate no campo dos valores protegíveis pelo direito entra em curto-circuito. Nesses casos é preciso apelar para uma ferramenta descritiva do mundo.

A partir da análise entre meios jurídicos e fins normativos é possível pensar em vários temas importantes. Esses incluem a justificativa econômica da ação pública, a análise de modo realista dos institutos jurídicos e das instituições burocráticas, e a definição dos papéis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas públicas. A análise econômica desempenha, então, um papel limitado, embora muito importante, no discurso jurídico.<sup>127</sup>

---

*Fundamentais: orçamento e reserva do possível* Org. SARLET, Ingo W. e TIMM, Luciano B. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65.

<sup>126</sup> Idem.

<sup>127</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. "De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito?" Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Direito GV, São Paulo. Oct. 2009. Disponível em: [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/40](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/40). Acesso em 20 de outubro de 2010.

A pragmática e inovadora perspectiva apresentada pela AED é o fundamento utilizado por Ivo Teixeira Gicco Júnior para sintetizar pontualmente a contribuição da AED à epistemologia do Direito<sup>128</sup>:

Se a avaliação da adequação de determinada norma está intimamente ligada às suas reais consequências, sobre sociedade (consequencialismo), a juseconomia se apresenta como uma interessante alternativa para esse tipo de investigação. Primeiro, porque oferece um arcabouço teórico abrangente, claramente superior à intuição e ao senso comum, capaz de iluminar questões em todas as searas jurídicas, inclusive em áreas normalmente não associadas a este tipo de análise (não-mercadológica).segundo, porque é um método de análise robusto o suficiente para o levantamento e teste de hipóteses sobre o impacto de uma determinada norma (estrutura de incentivos) sobre o comportamento humano, o que lhe atribui um caráter empírico ausente no paradigma jurídico atual. E terceiro, é flexível o suficiente para adaptar-se a situações fáticas específicas (adaptabilidade) e incorporar contribuições de outras searas (inter e transdisciplinariedade), o que contribui para uma compreensão mais holística do mundo e para o desenvolvimento de soluções mais eficazes para problemas sociais em um mundo complexo e não-ergódico.

A fusão dos fundamentos do Direito e da Economia proporciona ampla aplicabilidade, a exemplo do que já ocorre em países do *Common Law*, especialmente nos Estados Unidos da América<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. *Notas sobre Análise Econômica do Direito e Epistemologia do Direito*. In: Conselho Nacional de Pesquisa em Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Anais eletrônicos. São Paulo: USP, 2009. Disponível em <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2662.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2662.pdf)>. Acesso em 16 de novembro de 2010.

<sup>129</sup> Conforme as lições de Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer: “À luz da *Law and Economics* (LaE), intentam-se verificar os efeitos inibidores e incentivos produzidos pelas normas jurídicas no meio social; o comportamento equitativo e eficiente induzido; a atribuição de riscos de forma eficiente; a



Há diversos âmbitos de aplicação dos postulados propostos pela AED. Em todos eles, aplica-se a racionalidade econômica, de modo a conferir ao Direito e às normas jurídicas em geral maior eficiência. Exemplo disso é o exemplo cotidiano trazido por Ivo Teixeira Gico Júnior, ao aplicar a AED a uma situação de natureza tributária:

Suponha que João, um professor de mandarim, dê aulas particulares por R\$ 30 a hora/aula. Se Sofia não fosse sua aluna, a segunda melhor opção de João seria lecionar por R\$ 25 a hora/aula em uma escola de línguas, que cobra R\$ 40 por hora de cada aluno. Ele ganha, portanto, R\$ 5 a mais por hora dando aulas particulares. Sofia, por sua vez, estaria disposta a pagar até R\$ 35 por hora/aula, logo, economiza R\$ 5 por hora tendo aulas com João. Juntos, João e Sofia estão em melhor situação após a troca e ganham R\$ 10 a mais por hora com esse arranjo voluntário.

Suponha agora que o governo crie um tributo de R\$ 15 sobre a hora de aula particular. Nesse caso, após pagar o imposto, Sofia estaria disposta a pagar no máximo R\$ 20 por hora, o que não cobriria os custos de João. Por outro lado, João estaria disposto a dar aula por, no mínimo, R\$ 25 (o mesmo que ganharia na escola) que, com o imposto, custaria R\$ 40, mais do que Sofia estaria disposta a pagar. Resultado da tributação: João dará aulas na escola, sua segunda opção, e Sofia não aprenderá mandarim, sendo que ambos perderão R\$ 10 por hora/aula nesse cenário, ou seja, o arranjo original gerador de riqueza deixará de existir e a sociedade como um todo ficará mais pobre<sup>130</sup>.

No Brasil, tem sido crescente o estudo e a produção doutrinária baseados na Análise Econômica do Direito. Embora ainda se verifique rejeição a essa perspectiva, que quebra a tradição nacional de um Direito

---

avaliação dos resultados, a distribuição de riqueza e a simbiose entre eficiência e justiça, já que o julgador deve comportar-se, frente ao caso concreto; solucionando a lide entre as partes de forma eficiente, maximizando resultados e induzindo comportamentos”. GONÇALVES; STELZER, 2005, p.4

<sup>130</sup> GICCO JUNIOR, Ivo Teixeira. Tributação e Desenvolvimento. Brasília, Correio Braziliense, 23/08/2010.

prescritivo, dogmático e pouco pragmático<sup>131</sup>, percebe-se que o contexto de insuficiência/ineficiência gerencial e econômica cria um ambiente propício ao desenvolvimento da teoria referida.

Em países em desenvolvimento como o Brasil o emprego eficiente dos recursos existentes deve ser uma prioridade nacional. Para enfrentar seus problemas, a sociedade brasileira necessita de instrumentos jurídicos eficientes que estimulem as atividades produtivas, a resolução de conflitos de forma pacífica, a democracia, a livre iniciativa, a inovação, e a redução da corrupção e da burocracia, do desperdício e da pobreza. O estudo dos incentivos postos pelos institutos jurídicos faz parte deste esforço, e os estudiosos do Direito podem e devem tomar parte neste processo.<sup>132</sup>

É neste contexto que a Análise Econômica do Direito surge como alternativa de enfoque e de estudo em busca de soluções para problemas já conhecidos, que obstaculizam o desenvolvimento nacional.

### 3.1.3 Origem da Análise Econômica do Direito

Nascido nos Estados Unidos, e tendo como epicentro as faculdades de Direito de Chicago e de Yale, o movimento lá majoritariamente reconhecido como “*law and economics*” ganhou grandes proporções e correntes variadas. Entretanto, os primórdios da corrente são consensuais na doutrina.

Richard Posner<sup>133</sup> divide a evolução da Análise Econômica do Direito em dois marcos. O primeiro deles corresponde ao período anterior a 1960<sup>134</sup>, quando a análise do Direito *Antitrust* dominava a

---

<sup>131</sup> Neste momento, adota-se a concepção genérica de “pragmático”, a qual corresponde à “realista”, “objetivo”, “prático”. Adiante, serão abordadas outras noções de pragmatismo, desde aquela adotada por Posner até a influência do pragmatismo e utilitarismo sobre a doutrina da Análise Econômica do Direito.

<sup>132</sup> SALAMA, 2008B. 49-61.

<sup>133</sup> POSNER, 2003, p.23.

<sup>134</sup> Ejan Mackaay fixa a “primeira onda” do movimento Law and Economics em data bem anterior àquela dita por Posner: “The key question the proponents of the movement addressed was how property and other rights were determined, historically and functionally, across different societies. The earlier answer of sixteenth and seventeenth century philosophers, that these rights were given as a

conjugação das ciências do Direito e da Economia<sup>135</sup>. Nessa época, os autores preocupavam-se com questões de monopólio, racionalidade econômicas e a consequência de tais práticas, o que acabava por confundir suas pesquisas com aquelas desenvolvidas pelos economistas.

O segundo marco na evolução do *Law and Economics* é desenhado por Posner a partir de 1960, com a ampla aplicação da economia ao sistema legal. O próprio autor define o espectro de aplicação da teoria<sup>136</sup>:

To common Law fields such as torts, contracts, restitution and property; to the theory and practice of punishment; to civil, criminal, and administrative procedure; to the theory of legislation and regulation; to Law enforcement and judicial administration; and even to constitutional law, primitive Law, admiralty Law, family Law and jurisprudence.<sup>137</sup>

A Análise Econômica do Direito tomou corpo e ganhou desenvoltura a partir deste ponto, marcado pela publicação dos estudos de Ronald Coase a respeito do custo social e de Guido Calabresi, o qual propôs uma nova ótica à análise da responsabilidade civil. Essas obras referenciais a toda teoria da AED serviram de objeto e de base aos escritos de Richard Posner, considerado o grande autor do *Law and*

---

matter of natural law, logically prior to any positive legal system, seemed to them unsatisfactory. It could not account for the variations of rights in time and space. Changes in property rights, in their view, should be expected to reflect changes in economic conditions. What they were seeking to develop was ‘an explanatory science of rights’”. MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*. Disponível em <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em 25 de abril de 2011.

<sup>135</sup> O autor também faz referência a alguns trabalhos com ênfase econômica na seara do Direito Tributário (Henry Simons), do Direito Empresarial (Henry Manne), Direito Autoral (Arnold Plant), Direito dos Contratos (Robert Hale) e Utilidade Pública e Regulação (Ronald Coase e outros).

<sup>136</sup> POSNER, 2003, p.23.

<sup>137</sup> “Para campos do Direito, tais como responsabilidade civil, contratos, restituição e propriedade; para a teoria e a prática da punição; ao processo civil, criminal e administrativo, com a teoria da legislação e regulamentação; a aplicação da lei e da administração judicial, e até mesmo para o Direito constitucional, direito primitivo, a Lei do Almirantado, direito da família e da teoria do Direito” (tradução nossa).

*Economics*, tanto em razão de sua vasta obra, quanto pela polêmica de seu legado.

### 3.1.3.1 Ronald Coase e o “problema do custo social”

Usualmente, a doutrina consente em apontar o início do movimento a partir da publicação da obra de Ronald Coase, “*The problem of social cost*” (O problema do custo social<sup>138</sup>).

O autor, então professor do Departamento de Economia da Universidade da Virgínia, publicou o artigo em 1960, no *Journal of Law and Economics*. “‘O Problema do Custo Social’ enfatiza a importância das instituições legais e dos custos de transação nos processos de alocação de recursos na sociedade”<sup>139</sup>.

Esse escrito trouxe as bases do Teorema de Coase, o qual, “*fundamentalmente [...] ressalta as possibilidades de que a sociedade consiga coordenar-se de forma eficiente desde que o Estado garanta direitos de propriedade e direito contratual*”<sup>140</sup>.

O problema enfrentado por Coase em “O Problema do Custo Social” é exposto pelo próprio autor com a seguinte colocação:

A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que deve ser feita. A questão é normalmente pensada como uma situação em que *A* inflige um prejuízo a *B*, e na qual o que tem que ser decidido é: como devemos coibir *A*? Mas isso está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar prejuízo a *B* implicaria causar um prejuízo a *A*. Assim, a verdadeira questão a ser decidida é: *A* deveria ser autorizado a causar prejuízo a *B*, ou deveria *B* ser autorizado a causar prejuízo a *A*? O problema é evitar o prejuízo mais grave.<sup>141</sup>

Traduzindo os conceitos para a ilustração apresentada por Coase em seu artigo, tem-se que

---

<sup>138</sup> No Brasil, este artigo foi recentemente traduzido por Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla, publicado na obra “Direito e Economia: textos escolhidos, de organização de Bruno Meyerhof Salama.

<sup>139</sup> SALAMA, 2010, p. 53.

<sup>140</sup> Idem, p.54.

<sup>141</sup> COASE, Ronald. *O problema do custo social*. In: Direito e Economia: textos escolhidos. Bruno Salama (org.). São Paulo: Saraiva, 2010C, p. 60

Em linhas gerais, Coase defendeu que o impasse existente entre uma fábrica poluidora e um condomínio vizinho incomodado pela poluição não deve ser analisado sob a perspectiva de que a primeira necessariamente gera externalidades negativas sobre o segundo; pois se os custos envolvidos com a mudança geográfica do condomínio forem inferiores aos custos de se reduzir a poluição, então as externalidades negativas claramente mudam de endereço. A pergunta central deixa de ser, então, a de como restringir as atividades do poluidor por meio da imposição de direitos e deveres, como fazia Pigou, para concentrar-se no problema de maximização do benefício geral.

Partindo dessa observação, Coase conclui pela irrelevância do conceito de externalidades e assim cristaliza seu teorema fundamental de que na ausência de custos de transação, a atribuição dos direitos de propriedade em nada altera a alocação final dos bens entre as partes. No caso do parágrafo anterior, por exemplo, Coase demonstra que por mais que se fixasse legalmente o direito de o condomínio exigir medidas ambientalistas da fábrica, se os custos de remoção do condomínio forem inferiores aos custos de tais medidas, a fábrica irá pagar aos condôminos para que se mudem, ao invés de reduzir seus níveis de poluição.<sup>142</sup>

Os mencionados problemas custos de transação constituem a base do artigo de Coase. Segundo o autor, a regulação extrafiscal exercida pelo Estado pode gerar mais custos do que a externalidade<sup>143</sup> que

---

<sup>142</sup> COELHO, Cristiane de Oliveira. Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. Disponível em <[http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/T\\_100607\\_21.pdf](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/T_100607_21.pdf)> . Acesso em 27 de abril de 2011, p. 8.

<sup>143</sup> “Uma externalidade é o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participam da ação. Se o impacto for adverso, é chamada externalidade negativa, se for benéfico, externalidade positiva”. MANKIW, 2001, p. 208.

combate. Por isso, defende que a atuação estatal no domínio econômico deveria ser substituída pela autorregulação do mercado, que resolveria de maneira mais eficiente o problema das externalidades.

Resta claro que o governo tem ao seu dispor poderes que lhe tornam possível fazer certas coisas a um custo menor do que poderia fazer uma organização privada (ou, em qualquer nível, alguém sem poderes governamentais). Mas a máquina administrativa governamental, *per se*, não funciona sem custos. Na verdade ela pode, em algumas situações, ser extremamente custosa. Além disso, não há razão para supor que as normas restritivas e de zoneamento criadas por uma administração falível, submetida a pressões políticas, e que opera sem o peso da concorrência, serão sempre, necessariamente, voltadas para o aumento da eficiência com a qual o sistema econômico opera. Mais ainda: essas normas regulatórias gerais, que devem ser aplicadas a uma variedade de casos, terão seu cumprimento exigido pelo Estado em situações para as quais se mostram de todo inapropriadas. **A partir dessas considerações, conclui-se que a regulação governamental direta não necessariamente traz melhores resultados do que deixar que o problema seja resolvido pelo mercado ou pela firma.** Da mesma forma, não há razão para não sustentar que, em certas ocasiões, a aludida regulação administrativa pelo governo não levará à melhora da eficiência econômica. Particularmente, isso pode acontecer quando [...] o problema envolve um grande número de pessoas e, portanto, os custos de uma solução através do mercado ou da firma forem muito altos.

**Há, também, outra alternativa, que é não fazer nada a respeito. E dado que os custos envolvidos na solução do problema pela via da regulação governamental são frequentemente altos (sobretudo se o termo “custos” for interpretado de modo a incluir todas as consequências advindas do engajamento do governo nesse tipo de atividade), essa alternativa seria adotada quando os ganhos provenientes da regulação das atividades-fonte**

**dos danos fossem menores do que os custos envolvidos na regulação governamental.<sup>144</sup>**  
(Grifo nosso)

Após discorrer longamente sobre as formas de abordagem do problema do custo social, traduzido na verificação da adequação do combate às externalidades por meio de ação estatal, Coase conclui:

Seria claramente desejável que as únicas ações realizadas fossem aquelas nas quais o ganho gerado valesse mais do que a perda sofrida. Mas, ao se escolher entre arranjos sociais em que um contexto no qual decisões individuais são tomadas, temos que ter em mente que uma mudança no sistema existente, a qual levará a uma melhora em algumas decisões, pode muito bem levar a uma piora em outras. Além disso, tem-se que levar em conta os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais (seja o trabalho de um mercado ou de um departamento de governo), bem como os custos envolvidos na mudança para um novo sistema. Ao se projetar e escolher entre arranjos sociais devemos atentar para o efeito total. Isso, acima de tudo, é a abordagem que estou defendendo.<sup>145</sup>

Em síntese apertada, Richard Posner traduz o Teorema de Coase e reafirma sua importância para a teoria econômica:

[...] Geralmente considerado o artigo mais citado em toda história da economia, apresenta (embora não lhe dê nome) o Teorema de Coase: se os custos de transação são iguais a zero, a primeira atribuição de um direito de propriedade (por exemplo, seja para o poluidor, seja para a vítima da poluição) não afetará a eficiência com que os recursos são alocados, a principal importância do teorema está em voltar a atenção dos economistas a uma faceta esquecida, mas muito importante, do sistema econômico, a saber, os custos das transações de mercado. Sob a forma de hipótese (se os custos

---

<sup>144</sup> COASE, p. 79-80.

<sup>145</sup> Idem, p. 112.

de transação são baixos, a atribuição de direitos e responsabilidades pela lei provavelmente não afeta significativamente a alocação de recursos), o Teorema de Coase serviu de orientação para importantes pesquisas empíricas, como, por exemplo, sobre os efeitos do divórcio sem culpa, o qual, confirmando o teorema, *não* aumentou o índice de divórcios<sup>146</sup>.

Juntamente com o artigo “*The cost of the firm*”, “O Problema do Custo Social” formou a base das razões da premiação de Coase com o Nobel de Economia, em 1991. Este último artigo, produzido pelo autor aos 21 anos, refundou as bases da teoria econômica e, por consequência, influenciou sobremaneira a Análise Econômica do Direito.

### 3.1.3.2 A doutrina de Guido Calabresi

Juntamente com Ronald Coase, Guido Calabresi é apontado como autor fundamental à implementação das bases do que viria a se constituir o estudo econômico do Direito.

Juiz da Corte de Apelação do Segundo Circuito dos Estados Unidos da América, ex-*Sterling Professor Emeritus* e ex-reitor da Universidade de Yale, Guido Calabresi integra o rol de fundadores da AED por sua obra inaugural “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*”<sup>147</sup>. Ali, Calabresi defende a interpretação da responsabilidade civil a partir da racionalidade econômica<sup>148</sup>.

Segundo essa proposta, a responsabilidade civil subjetiva deveria ser substituída pela responsabilização objetiva das empresas ou por um sistema de seguro social. Isso porque ele defende que a interpretação

---

<sup>146</sup> POSNER, Richard A. *Para Além do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 429.

<sup>147</sup> “Algumas Considerações sobre a Distribuição de Riscos e o Direito sobre Ilícitos Cíveis”, em tradução livre. Publicado no 70, Yale Law Journal, 1961.

<sup>148</sup> Sztajn e Zylbersztajn apontam que a obra de Calabresi “demonstrou a importância da análise dos impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja em âmbito legislativo ou judicial. Sua obra inseriu explicitamente a análise econômica em questões jurídicas, apontando que uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões”.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: Direito & Economia. Org. Decio Zylbersztajn, Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.2.



subjetiva da responsabilidade civil cria um sistema individualizado entre ofensor e ofendido, que desconsidera o universo de relações sociais regidas pelo mesmo princípio. Calabresi também prega que isso traria uma precaução mais eficiente por parte dos agentes envolvidos.

A leitura inovadora proposta por Calabresi encontrou bastantes adeptos e segue influenciando o estudo da teoria normativa do *Law and Economics*, pelos motivos expostos a seguir<sup>149</sup>:

In view of the greater popularity of normative law and economics among today's scholars, Calabresi's *Costs* has been a success in terms of inspiring the work of generations that followed. In addition to the inspiration provided by Calabresi, the reasons for this success are several. First, normative law and economics does not require a huge investment in learning the details of legal doctrine. Thus, a normative scholar should find it easier to work across disciplines and to gain the interest of scholars in other disciplines. Second, given the view in most law faculties that economics is a conservative mode of thought, normative work may appear especially attractive to law professors who do not specialize in economics (i.e., the majority of law professors) and to law students as well.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> HYLTON, Keith N. *Calabresi and the intellectual history of Law and Economics*, p. 8. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=547082>>. Acesso em 25/04/2011.

<sup>150</sup> “Tendo em vista a maior popularidade da análise econômica do Direito normativa entre os estudiosos de hoje, ‘o custo’ de Calabresi tem sido um sucesso em termos de trabalho inspirador das gerações que se seguiram. Além da inspiração fornecida por Calabresi, as razões para este sucesso são várias. Primeiro, a análise econômica do Direito normativa não exige um enorme investimento em aprender os detalhes da doutrina jurídica. Assim, um estudioso normativo deverá ter mais facilidade para trabalhar em todas as disciplinas e para ganhar o interesse dos estudiosos de outras disciplinas. Em segundo lugar, dado o ponto de vista nas faculdades mais direito que a economia é um modo de pensamento conservador, os trabalhos normativos podem aparecer especialmente atraente para os professores de Direito que não se especializam em economia (ou seja, a maioria dos professores de direito) e para estudantes de Direito também.” (tradução nossa).

Guido Calabresi inaugura uma corrente que vislumbra a relação entre Direito e Economia de forma distinta daquela compreendida por Posner e demais adeptos da “Escola de Chicago”. A visão de Calabresi é sintetizada no trecho a seguir colacionado:

Indeed, one could describe the personality reflected in Calabresi’s *Costs* as one of hyper-detachment. The book describes itself as a “legal and economic analysis,” which it most assuredly is. But Calabresi takes a position of detachment from both the law and the economics. He prefaces his economic remarks in several parts of the book with comments such as “an economist would say,” to remind us that he does not necessarily agree with them. He tells us early on that economics is good for solving certain problems, but not all problems, especially those involving basic questions of identity or morality. In spite of this, he conducts an economic analysis that appears to be on the highest level of sophistication that one could imagine for the topic at hand. And as Michelman noted in his review, Calabresi shows a far greater awareness of the machinery of law and government, and the limits of human rationality, than even the best economists would have brought to the task.<sup>151</sup>

As lições propostas por Guido Calabresi fundaram a base teórica da corrente de New Haven, da escola de Direito da Faculdade de Yale.

Diversos outros autores ligados à corrente da AED, além de Ronald Coase, foram agraciados com o Prêmio Nobel de Economia<sup>152</sup>, em razão da singularidade de seus estudos, dentre eles George Stigler, James Buchanan e Gary Becker<sup>153154</sup>.

---

<sup>151</sup> Idem, p. 6

<sup>152</sup> George Stigler foi agraciado com o Nobel de Economia em 1982; James Buchanan Jr, em 1986; Gary Becker, em 1992. Além deles, Douglass North recebeu o prêmio em 1993.

<sup>153</sup> Gary Becker também é apontado como um dos fundadores da AED. Em sua tese de doutorado, “*The Economics of Discrimination*”, aplicou a análise microeconômica à interpretação da conduta humana. O autor revolucionou a época (1957) ao demonstrar a irracionalidade econômica da discriminação dos brancos em detrimento dos negros e das mulheres no mercado de trabalho. O autor comprovou que, em meio a um mercado competitivo, saíam beneficiadas

Embora os precursores tenham estendido a aplicação da metodologia econômica a variados ramos do Direito, a sistematização e metodologia da Análise Econômica é creditada a Richard Posner, que até os dias atuais é considerado o maior expoente dessa corrente.

### 3.1.3.3 Richard Posner e a sistematização da Análise Econômica do Direito

Por meio de sua obra *Economic Analysis of Law*, Posner estabeleceu as bases em que se fundaria o movimento do *Law and Economics*<sup>155</sup>.

Comumente, Richard Posner é apontado como a principal referência do movimento da Análise Econômica do Direito. Ocupante do cargo de Juiz Federal do 7ª circuito dos EUA e professor da Universidade de Chicago, o pensamento de Posner ganhou destaque por sua capacidade de desenvolver a corrente teórica que ganhava forma e também por sua abordagem direta, pragmática e inovadora.

Os ideais trazidos pela exposição de Posner tiveram enorme impacto e resultaram em grande importância na doutrina do *Common Law*<sup>156</sup>. Em seus escritos, Posner indica que a o sistema jurisdicional norte-americano incentiva a aplicação da racionalidade econômica. O autor defende essa afirmativa baseado na tradição liberal daquele país e das bases fundadoras de sua moralidade política.

---

em empresas que contratassem os trabalhadores discriminados e lhes oferecesse salários menores do que aqueles pagos pelas empresas discriminatórias.

<sup>154</sup> Segundo Posner: “*A list of the founders of the ‘new’ law and economics would be seriously incomplete without the name of Gary Becker. Becker’s insistence on the relevance of economics to a surprising range of nonmarket behavior (including charity, love and addiction), as well as his specific contributions to the economic analysis of crime, racial discrimination, and marriage and divorce, opened to economic analysis large areas of the legal system not reached by Calabresi’s and Coase’s studies of property rights and liability rules*”. POSNER, 2003, p.24.

<sup>155</sup> Embora congregue diferentes abordagens, como Escola de Chicago, a Escola da Escolha Pública, os Institucionalistas e os Neo-Institucionalistas, o Movimento dos Estudos Críticos, dentre outros, a AED busca seu referencial nessa obra de Posner.

<sup>156</sup> Bruno Meyerhof Salama inclusive indica que “*o Direito e Economia é tido por muitos como o movimento de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado*”. SALAMA, 2008B, p.3.

Em suas próprias palavras, Posner expõe resumidamente sua teoria:

Vou mostrar-me favorável [...] ao uso da lógica, por oposição a seu uso construtivo; favorável à idéia de que, nos casos difíceis, o objetivo apropriado do juiz é um resultado razoável, e não um resultado demonstravelmente certo; e favorável a uma concepção do juiz como um agente responsável, e não como um canal de decisões tomadas em outras instâncias do sistema político. Além do mais, em minha argumentação serei favorável à objetividade como atributo cultural e político, e não epistemológico, das decisões legais; favorável ao balancear das virtudes do Estado de Direito às considerações equitativas e discricionárias de casos específicos; favorável a que se torne o direito mais receptivo à ciência – mas sem perder de vista o caráter irremediavelmente autoritário do direito; e favorável a uma teoria consequencialista da interpretação. Em resumo, minha argumentação será favorável a uma concepção do processo jurídicos que seja funcional, impregnada de política, não legalista, naturalista e cética, mas decididamente não cínica; em uma palavra (ainda que, receio, inadequada), vou aqui defender uma teoria do direito pragmática.<sup>157</sup>

A evolução e fundamentação da teoria de Posner serão objeto de análise em tópico posterior do presente estudo.

### 3.1.4 Análise Econômica do Direito Positiva e Normativa

A doutrina aborda a epistemologia da Análise Econômica do Direito com base na divisão entre AED Positiva, a qual prescreve *o que é*, e AED normativa, relacionada a *o que deve ser*.

A AED Positiva (ou descritiva) se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos, auxiliará na compreensão do que é

---

<sup>157</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 37.

a norma jurídica e qual a racionalidade e consequências prováveis da adoção desta ou daquela regra.

A consequência derivada da adoção de regras pode ser analisada segundo dois prismas: o estudo do comportamento decorrente do sistema legal e do comportamento decorrente da estrutura do sistema.

A primeira se relaciona às derivações de, por exemplo, uma regra que protegesse a maternidade no mercado de trabalho. Um incentivo desta monta poderia significar, à revelia da intenção original, a preterição na contratação de mulheres pelo mercado, vez que o benefício representaria um custo ao empregador, que será desestimulado a contratar mulheres e provavelmente optará por empregar homens. Esse exemplo demonstra a importância na análise das consequências de uma opção decorrente do sistema legal, ou seja, de um incentivo legal. Muitas vezes, a intenção original de uma lei é soterrada pelos possíveis efeitos decorrentes de sua adoção.

No segundo foco, verificar-se-à o comportamento do agente, decorrente da estrutura do sistema. Aqui, cabe se considerar a morosidade do Poder Judiciário brasileiro, que desencoraja a busca por soluções litigiosas. Importaria considerar também o custo das sucessivas afrontas à tão bradada “segurança jurídica” e as opções das quais dispõem os agentes no cenário nacional de ineficiência do aparato judicial.

A AED Normativa, por sua vez, auxilia na escolha dentre as alternativas possíveis, da mais eficiente delas, ou que tipo de norma seria mais adequada a atingir determinados fins.

Pergunta-se: qual seria o tipo (conteúdo, forma, características, sanções, etc.) de norma que poderia atingir este objetivo de maneira a se obter o máximo benefício e o mínimo custo possível? Em outras palavras, considerando um determinado contexto real dentro do qual se deseja atingir certo objetivo através da criação de uma norma, pergunta-se: que características deveria ter ou como deveria ser esta norma para que atingisse tais objetivos de maneira mais economicamente eficiente?<sup>158</sup>

---

<sup>158</sup> ALBUQUERQUE, Luiz. *Introdução ao estudo da Análise Econômica do Direito*. Introdução ao estudo da Análise Econômica do Direito. Disponível em <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf)>. Acesso em 10/12/2010, p.8.

Outrossim, preocupa-se em *estudar se e como noções de justiça de comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização do bem-estar*<sup>159</sup>.

Em síntese, ambas epistemologias definem, respectivamente, um critério de verdade e um critério de valor.

Ivo Gicco apresenta a relação entre as duas vertentes:

A idéia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos que pode ser investigada e averiguada por métodos científicos, cujos resultados são passíveis de falsificação – o que chamamos de análise positiva – e o mundo dos valores, que não é passível de prova ou de falsificação e, portanto, não é científico, que chamaremos de análise normativa. Nesse sentido, quando um juiz investiga se A matou B, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato). Por outro lado, quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, ele está realizando uma análise normativa (investiga um valor), ainda que fatos sejam relevantes para a decisão<sup>160</sup>.

O autor, de forma didática, sintetiza as diferenças entre a AED Positiva e Normativa da seguinte forma<sup>161</sup>:

<b>Positivo</b>	<b>Normativo</b>
É	Deve ser
Fatos	Valores
Objetivo	Subjetivo
Descritivo	Prescritivo
Ciência	Arte
Verdadeiro	Falso

<sup>159</sup> SALAMA, 2008A, p. 49-61.

<sup>160</sup> GICCO JUNIOR, p. 16.

<sup>161</sup> Idem.

As abordagens positivista e normativista da Análise Econômica do Direito orientam o estudo e o desenvolvimento dessa corrente, a depender da perspectiva adotada. Por esta razão, importa verificar as correntes coexistentes e as óticas de abordagem dessa teoria.

### 3.1.5 As perspectivas da Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito traz em seu bojo diversas correntes teóricas de análise da relação Direito-Economia. Ainda que outras tenham sido relegadas, cabe analisar suas principais vertentes, as quais importam para o desenvolvimento do presente estudo.

#### 3.1.5.1 Aspectos destacados da Escola de Chicago<sup>162</sup>

A origem do *Law and Economics* se confunde com o desenvolvimento da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago<sup>163</sup>. Foi lá que os escritos fundamentais foram lançados<sup>164</sup>, e onde a teoria se desenvolveu<sup>165</sup>. “*The Chicago school remained at the center of the meteoric rise of the economic analysis of law over the next twenty years, even while law and economics programs began to mushroom at elite law schools around the country*”<sup>166</sup>.

O incipiente em Chicago<sup>167</sup> foi liderado pelos estudos de Aaron Director, economista sediado naquela escola de Direito. Juntamente com

---

<sup>162</sup> Os principais autores ligados à Escola de Chicago são Richard Posner, William Landes, Michael Polinski, Gary Becker e Steven Shavell.

<sup>163</sup> Pode-se dizer que a expressão Análise Econômica do Direito, referência direta à *Economic Analysis of Law* (termo inaugurado pela publicação do livro homônimo de Richard Posner), é sinônimo da Escola de Chicago.

<sup>164</sup> A Faculdade de Direito de Chicago lançou, em 1958, o *Journal of Law and Economics*, através do qual foram publicados os artigos mais importantes da doutrina.

<sup>165</sup> Para maiores detalhes sobre o desenvolvimento da AED na Escola de Chicago, ver MEDEMA, Steven G. *Chicago Law and Economics*. Junho/2003. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=560941](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=560941)> . Acesso em 12/03/2011.

<sup>166</sup> “A Escola de Chicago manteve-se no centro da ascensão meteórica da análise econômica do direito ao longo dos próximos 20 anos, mesmo enquanto os programas de direito e economia começaram a crescer rapidamente em escolas de Direito de elite de todo o país” – tradução nossa. MEDEMA, 2003, p. 17.

<sup>167</sup> Ocorrido nas décadas de 30 e 40.

Henry Simmons, Director foi responsável pela criação de um currículo interdisciplinar de Direito e Economia, que tinha como principal escopo o estudo das leis antitruste e da influência do Direito na eficiência do sistema produtivo.

O segundo período de desenvolvimento da doutrina em Chicago coincidiu com a publicação dos artigos de Ronald Coase e Guido Calabresi, anteriormente referidos. Neste ponto, os valores dominantes passam a ser a proteção dos mercados à racionalidade individual e suspeição aos governos, os quais revelam “*um distinto estilo americano de ideologia individualista*”<sup>168</sup>. E o foco dos estudos se expande para os contratos, os direitos de propriedade, a responsabilidade civil e o direito penal.

Foi a partir do florescimento em Chicago<sup>169</sup> que o movimento do Direito e Economia se dissipou por outras escolas norte-americanas e, posteriormente, européias. Isso se deve, em grande parte, às oposições levantadas em face das polêmicas propostas da Escola de Chicago, que fomentaram críticas e o nascimento de teorias alternativas.

Se comparada às demais correntes, a Escola de Chicago pode ser considerada conservadora e intimamente ligada à noção positivista da AED.

A Escola de Chicago embasou-se, a partir do exposto, em ética utilitarista e de maximização da riqueza relevando-se o valor independente do individualismo e da livre eleição, acrescentando-se que, paralelamente ao utilitarismo de Jeremy Bentham, pode ser considerado marco-teórico-filosófico, para a *LaE*, o pragmatismo americano,

---

<sup>168</sup> MACKAAY, p. 8.

<sup>169</sup> Fatores externos também contribuíram para o desenvolvimento da teoria fomentada em Chicago: “In an era in which so-called “activist judges were making decisions which often seemed to conflict with the ideology of the market, the implications of the economic analysis of law were welcome ammunition for those who favored the market. As such, it is not surprising that the new law and economics movement was launched from within the Chicago school, even given its important place within law and economics of the old variety. In addition, the willingness of certain conservative-oriented organizations to provide financial support for the law and economics movement (such as the John M. Olin Foundation, which has provided substantial funding for a number of law and economics programs across the U.S.) helped to facilitate both the program of research and the classroom dissemination of these ideas”. MEDEMA, 2003, p. 20.



muito bem abordado pelo doutrinador William James.<sup>170</sup>

A metodologia da Escola de Chicago se baseia em três pilares básicos: (1) As pessoas são maximizadoras racionais de sua própria satisfação; (2) “As normas legais são preços”; (3) O direito deve ser analisado sob a perspectiva da eficiência.

A primeira assertiva está relacionada à metodologia utilizada nestas primeiras fases. O individualismo metodológico, que além de isolar os agentes econômicos, busca fundamento na doutrina do utilitarismo. Desse ponto de vista a racionalidade pressuposta é a busca da satisfação pessoal, desconsiderando-se as interações sociais e eventuais valores não egoísticos.<sup>171</sup>

Poder-se-ia dizer que, à despeito da enxurrada de críticas a que vem se submetendo, a Escola de Chicago é aquela que se mantém mais “fiel” aos pressupostos teóricos puramente considerados da Análise Econômica do Direito. Isso porque prima pelo individualismo metodológico, é crente na racionalidade dos agentes econômicos e enfatiza soluções de mercado ao invés de medidas intervencionistas. E, principalmente, tende a refutar argumentos morais que suplantem a busca pela eficiência traduzida na maximização da riqueza.

Argumentos sobre a visão desta escola a respeito da eficiência e dos valores morais serão abordados adiante, ao se tratar da teoria desenvolvida por Richard Posner.

### 3.1.5.2 Aspectos destacados da Teoria Neo-Institucionalista<sup>172</sup>

A perspectiva Neo-Institucionalista empresta ao Direito o significado de *instituição*, ou seja, um conjunto organizado de regras.

<sup>170</sup> GONÇALVES; STELZER, 2005, p.7

<sup>171</sup> FLORES FILHO, Edgar Gaston Jacobs. *A nova escola da Chicago e as modalidades de regulação: tendências do Law and Economics e aplicações para o Direito brasileiro*. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Disponível em

<<http://escholarship.org/uc/item/1fm5r7xh>>. Acesso em 26 de abril de 2011, p.6

<sup>172</sup> Esta corrente se baseia, especialmente, no postulado dos autores Douglass North, Ronald Coase e Oliver Williamson.

Nessa ótica, a ciência econômica se presta a analisar as normas e regras sociais que sustentam a atividade econômica.

Da Teoria Neo-Institucionalista surgem pelo menos três idéias importantes: (a) o reconhecimento de que a Economia não tem existência independente ou dada, ou seja, de que a história importa pois cria contextos culturais, sociais, políticos, jurídicos, etc. que tornam custosas, e às vezes inevitáveis, mudanças radicais (o que se convencionou chamar de “dependência da trajetória”, tradução de “path dependence”); (b) o reconhecimento de que a compreensão do Direito pressupõe uma análise evolucionista e centrada na diversidade e complexidade dos processos de mudança e ajuste (daí a importância da abertura para todas outras disciplinas além da Economia, mas também a utilidade da Teoria da Escolha Racional e da Teoria dos Jogos para estudar a complexidade dos processos de ação e decisão coletiva; e (c) a preocupação de ir além da filosofia prática e especulativa, visando à compreensão do mundo tal qual ele se apresenta (o que conduz ao estudo das práticas efetivamente observadas e do Direito tal qual de fato aplicado<sup>173</sup>).

A Teoria Neo-Institucionalista derivou das obras de Oliver Williamson e Douglass North e tem como conceito central os “custos de transação”.

Genericamente considerados, os custos de transação são todos os custos envolvidos numa operação econômica. Dentre eles, pode-se falar de “custos pré-contratuais”, entendidos como aqueles relacionados ao levantamento de informações, o custo de negociação e custos com a redação de um contrato, quando um contrato for exigível ou indicável. Igualmente, tem-se os “custos pós-contratuais”, *que incluem o valor do pagamento efetivo (preço puro), os custos de monitoramento (agency) do cumprimento do contrato, e os possíveis custos com solução de controvérsias (advogados, custas, processo, peritos)*<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> SALAMA, 2008B, p.7.

<sup>174</sup> ALBUQUERQUE, Luiz. *Introdução ao estudo da Análise Econômica do Direito*.

Os custos de transação envolvem três fatores: (i) externalidades, (ii) deficiência de informação, e (iii) monopólio ou oligopólio.

O primeiro deles, as externalidades, correspondem aos custos estranhos à produção do bem ou serviço, e que alteram o preço do produto. Esses custos não são computados no preço dos bens e serviços, pois não foram arcados pelo fornecedor e tampouco serão repassados ao consumidor. É o caso da fábrica de pneus que polui o ar com fumaça e o rio com resíduos tóxicos. As externalidades consistem nos malefícios dessas práticas, que tornarão pessoas doentes e os rios poluídos, que diretamente nada têm a ver com aos custos dos pneus, mas contextualmente têm relação com ele.

A deficiência de informação importa aos custos de transação pois limita a consciência do agente acerca do objeto que adquire. Assim ele “paga um preço” que possivelmente seria diferente daquele que pagaria caso detivesse a informação omitida.

E o monopólio/oligopólio alteram os custos de transação na medida em que impedem os benefícios advindos da concorrência.

Bruno Meyerhof Salama reúne os ideais da Teoria Neo-Institucionalista:

Da Teoria Neo-Institucionalista surgem pelo menos três idéias importantes: (a) o reconhecimento de que a Economia não tem existência independente ou dada, ou seja, de que a história importa pois cria contextos culturais, sociais, políticos, jurídicos etc. que tornam custosas, e às vezes inviáveis, mudanças radicais (o que se convencionou chamar de “dependência da trajetória”, tradução de “path dependence”); (b) o reconhecimento de que a compreensão do Direito pressupõe uma análise evolucionista e centrada na diversidade e complexidade dos processos de mudança e ajuste (daí a importância da abertura para todas outras disciplinas além da Economia, mas também a utilidade da Teoria da Escolha Racional e da Teoria dos Jogos para estudar complexidade dos processos de ação e decisão coletiva); e (c) a preocupação de ir além da filosofia prática e especulativa, visando à compreensão do mundo tal qual ele se apresenta

(o que conduz ao estudo das práticas efetivamente observadas e do Direito tal qual de fato aplicado).<sup>175</sup>

### 3.1.5.3 Aspectos destacados da Teoria da Escolha Pública (Public Choice)<sup>176</sup>

A Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*) aborda questões extra-mercado, ou, questões de ciência política (e Teoria do Estado) sob a perspectiva de suas consequências econômicas e jurídicas.

Public Choice can be defined as the economic study of non-market decision-making, or simply the application of economics to political science. The subject matter of public choice is the same as that of political science: the theory of the state, voting rules, voter behavior, party politics, the bureaucracy, and so on. The methodology of public choice is that of economics, however. The basic behavioral postulate of public choice, as for economics, is that man is an egoistic, rational utility maximizer.<sup>177</sup>

Baseando-se na premissa de que os agentes econômicos são naturais maximizadores do próprio bem-estar, *“em lugar da suposição de que os legisladores votem para promover seus ideais a respeito do interesse público, os teóricos na eleição pública postulam que os legisladores são motivados somente pelo interesse próprio, em particular maximizando a possibilidade de reeleição”*<sup>178</sup>.

<sup>175</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Bruno Meyerhof Salama. O que é Pesquisa em Direito e Economia? *Caderno Direito GV*, Número 22 - mar/2008. Disponível em

<<http://www.direitogv.com.br/interna.aspx?PagId=HTKCNKWI&IDCategory=4&IDSubCategory=139>> . Acesso em 20 de junho de 2010.

<sup>176</sup> Tem como principais autores Duncan Black, James Buchanan e Gordon Tullock.

<sup>177</sup> MUELLER, D., C. Public Choice II. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 1-2 *apud* ORCHARD, Lionel; STRETTON, Hugh. Public Choice. *Cambridge Journal os Economics*, 1997, 21, p. 409-430.

<sup>178</sup> “A Escolha Pública pode ser definida como o estudo económico de tomada de decisão fora do mercado, ou simplesmente a aplicação da economia à ciência política. O objeto de estudo da escolha pública é a mesmo que a da ciência

Ao utilizar-se da lógica do empresário que quer maximizar seu lucro ao processo político, a Teoria da Escolha Pública oferece uma visão cética e extremamente realista do *modus operandi* do sistema político.

Nesta lógica, o governante precisa do eleitor assim como o fornecedor precisa do consumidor: a fim de se (re)eleger, o político/agente do governo “fornece” (ou apenas promete, se ainda não tiver sido eleito) normas/medidas de política econômica tais como subsídios, preços mínimos, barreiras à entrada de novos agentes no mercado, etc. Ou seja, os agentes do governo fornecem um tipo de regulamentação favorável aos setores da sociedade que puderem lhe dar apoio político<sup>179</sup>.

Sob esta ótica, a Teoria da Escolha Pública analisa diversos tópicos do processo político, como teorias sobre o Estado, estudo do voto, comportamento dos eleitores, partidos políticos, burocracia, dentre outros, em vista da racionalidade econômica.

#### 3.1.5.4 Aspectos destacados da Escola de New Haven<sup>180</sup>

A quarta corrente que merece destaque na perspectiva do estudo da AED é derivada da Escola de Direito e Economia de New Haven. Nessa teoria, o Direito é visto como fonte de regulação de atividades e, portanto, de concretização de políticas públicas.

Bruno Meyerhof Salama apresenta a lição de uma das maiores expoentes do movimento: “na síntese de Susan Rose-Ackerman, o

---

política: a teoria do Estado, regras de votação, o comportamento dos eleitores, partidos políticos, a burocracia, e assim por diante. No entanto, a metodologia da escolha pública é a da economia. O postulado básico do comportamento da escolha pública, como para a economia, é que o homem é um egoísta, racional maximizador de utilidade” – tradução nossa. MAIA, Douglas Leonardo Costa. Estudo da intervenção estatal, por direção, sobre a ordem econômica brasileira. Dissertação do Programa de Mestrado da Universidade de Marília, 2007, p. 71.

<sup>179</sup> ALBUQUERQUE, Luiz. *Introdução ao estudo da Análise Econômica do Direito*.

Disponível

em

<[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf)>.

Acesso em 10/12/2010, p. 41

<sup>180</sup> Os principais autores dessa corrente são Guido Calabresi, Susan Rose-Ackerman e Douglas Melamed.

*Direito e Economia serviria para: (a) definir a justificativa econômica da ação pública; (b) analisar de modo realista as instituições jurídicas e burocráticas e (c) definir papéis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas públicas*”<sup>181</sup>.

O fundamento dessa corrente diverge do “dogma” presente nas demais acepções da Análise Econômica do Direito; aqui, “*a eficiência não é pedra de toque para a aferição do justo jurídico*”<sup>182</sup>.

Foi Guido Calabresi que originou a visão aplicada em New Haven, a qual não dissocia, tampouco indica preponderância da eficiência sobre a justiça.

Sem questionar os pressupostos metodológicos dos modelos microeconômicos de análise do Direito, Calabresi sustentou que a eficiência jamais poderia ser fundação ética do Direito, pois os sistemas jurídicos devem, em primeiro lugar, ser justos, e em segundo lugar, devem contribuir para a maximização da riqueza e redução dos custos sociais.<sup>183</sup>

Ao analisar estes dois valores sob a ótica regulatória do Estado, essa escola propõe analisar se a construção da justiça pode se beneficiar de uma análise de custos e benefícios.

Em síntese:

Num certo sentido, o que a Escola de Direito e Economia de New Haven buscou é congregar a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo. O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade. E, em segundo lugar, o enriquecimento da gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que auxilia o formulador e o

---

<sup>181</sup> SALAMA, 2010C, p. 43.

<sup>182</sup> Idem, p.44

<sup>183</sup> Idem, p. 35

aplicador da lei na tarefa de usar o Direito como instrumento do bem-comum.<sup>184</sup>

As correntes citadas apresentam, de forma rápida, a diversidade de pensamentos abrigados, e costumeiramente confundidos, na seara da Análise Econômica do Direito.

### 3.2 O CONCEITO DE EFICIÊNCIA SEGUNDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A eficiência é conceito primaz da teoria da Análise Econômica do Direito<sup>185</sup>, pois figura como a finalidade almejada através de sua aplicação. A chamada eficiência econômica deriva de dois fundamentos econômicos: o individualismo metodológico e a racionalidade maximizadora.

Voltando à discussão sobre o conceito de eficiência, é evidente que também seu significado para a Análise Econômica do Direito não poderia prescindir de contornos neoclássicos. De fato, o conceito neoclássico de eficiência surge como decorrência lógica dos postulados do individualismo metodológico e da racionalidade maximizadora; o que quer dizer que se a Análise Econômica do Direito, como já demonstrado, absorveu estes postulados, necessariamente adotou também aquele conceito de eficiência.<sup>186</sup>

Usualmente, a eficiência é descrita como o meio menos oneroso de atingimento dos objetivos desejados<sup>187</sup>. Definição semelhante é

---

<sup>184</sup> Idem, p. 45.

<sup>185</sup> Embora o objeto de estudo da Análise Econômica do Direito não possa ser resumido à eficiência, tampouco pode refutá-la, conforme anota Bruno Meyerhof Salama: “Aqui me afasto tanto da visão do Direito e Economia como um conjunto de receitas de bolo (que é ridícula) quanto da visão de que a discussão sobre eficiência seja irrelevante para o Direito (que é míope porque a construção normativa não pode estar isolada de suas consequências práticas)”. SALAMA, 2008B, p.16.

<sup>186</sup> COELHO, p.13.

<sup>187</sup> “Basta vislumbrar a definição de Herbert Simons de que ‘in its broadest sense, to be efficient simply means to take the shortest path, the cheapest means, toward the attainment of the desired goals’”. Idem, ibidem.

aquela que define a eficiência como sinônimo de maximização de ganhos e minimização de custos, e que pode ser ilustrada com o seguinte exemplo:

Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos. Para ilustrar o conceito, suponha que cada acidente aéreo cause, no total, custos de \$100 milhões (refiro-me aqui à soma de todos os custos sociais relevantes que englobam tanto as perdas da companhia aérea quanto as das vítimas dos acidentes). Suponha também que uma empresa possa investir \$2 milhões em uma nova tecnologia de segurança aérea, e que essa nova tecnologia causará uma diminuição de 1% na probabilidade de ocorrência de acidentes.

Será que este investimento é eficiente? A resposta é negativa. Afinal, a empresa investirá \$2 milhões para evitar custos de \$1 milhões ( $1\% \times \$100 \text{ milhões} = \$1 \text{ milhão}$ ). O investimento nesta tecnologia diminui as chances de acidentes, mas torna a sociedade mais pobre, e por isso não é eficiente.<sup>188</sup>

Nas derivações da AED, encontram-se noções discrepantes acerca do papel da eficiência, desde considerá-la fundamento do Direito até vê-la como meio de alcance da justiça.

Turning to the third fundamental concept, economists have several distinct definitions of *efficiency*. A production process is said to be productively efficient if either of two conditions holds: (1) it is not possible to produce the same amount of output using a lower-cost combination of inputs, or (2) it is possible to produce *more* output using the same combination of inputs.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> SALAMA, 2008B, 49-61.

<sup>189</sup> “Passando ao terceiro conceito fundamental, os economistas têm várias definições distintas de eficiência. Um processo de produção é considerado produtivamente eficiente se qualquer uma das duas condições se verifica: (1) não é possível produzir a mesma quantidade de saída usando uma combinação de menor custo de insumos, ou (2) é possível produzir mais saída utilizando a mesma combinação de entradas.” – tradução nossa. COOTER, Robert; ULLEN,



Essas diferenças conceituais serão abordadas em profundidade no decorrer do presente estudo. Para tanto, abordar-se-á a noção conceitual de eficiência econômica, tanto na fórmula de Parto quanto na de Kaldor-Hicks. Além desses, importa descrever a compreensão de Posner a respeito da eficiência, visto que suas lições traduzem em grande parte o ideal da doutrina americana do *Law and Economics* e serão utilizadas para a contraposição com a noção de eficiência administrativa, exposta no primeiro capítulo desta obra.

### 3.2.1 A eficiência de Pareto

Uma das formas de mensuração da eficiência foi criada por Wilfredo Pareto. Também conhecida como ótimo paretiano, eficiência de Pareto e eficiência alocativa, essa metodologia supõe eficiente uma alteração que melhore a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro. E, segundo esse critério, a alocação será ótima quando não for possível realizar novas melhorias (ainda sem prejudicar a situação de nenhum outro envolvido).

É também comum traçar uma distinção entre a otimalidade de Pareto “forte” e a otimalidade de Pareto “fraca”. A otimalidade forte define um critério rígido segundo o qual qualquer realocação ou mudança deve ser rigorosamente preferida por todos os indivíduos (significando que todos devem ganhar com tal realocação ou mudança). Já a otimalidade fraca define um critério mais flexível segundo o qual a realocação ou mudança será ótima se for fortemente preferida por pelo menos um indivíduo (que ganha com a nova configuração) e fracamente preferida por todos os demais (que não ganham nem perdem, estando, portanto, indiferentes).<sup>190</sup>

Isso significa que uma escolha será eficiente quando não houver outra alternativa preferível por todos os envolvidos, considerando-se suas preferências individuais. Ineficiente será quando existir alguma

---

Thomas. *Introduction to Law and Economics*. 3ed. Addison Wesley Longman, 2000, p. 12

<sup>190</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. *Apresentação*. Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

alternativa preferível por todos, ou até por simplesmente um deles, mesmo que indiferente aos demais.

Como desdobramento dessa definição conclui-se que uma configuração eficiente implica também em um ótimo social, na medida em que, como cada bem está nas mãos daquele que mais o valoriza - vez que nenhuma troca se dá mais de maneira voluntária -, a soma das utilidades individuais nesse ponto - se pudesse ser feita - seria a maior possível.

Duxbury ressalta que a utilização da eficiência de Pareto pelo *Law and Economics* apareceu quase que imediatamente após a publicação, em 1968, do artigo *The Problem of Social Cost* de Ronald Coase. Muitos pesquisadores enxergaram nas conclusões de Coase sobre problemas alocativos a idéia de que uma distribuição eficiente dos bens e direitos, na ausência de custos de transação, necessariamente leva a um ótimo de Pareto, já que nenhuma das partes poderá melhorar sua situação sem piorar a situação da outra parte.<sup>191</sup>

É curioso observar que, segundo o critério de Pareto, a concentração de todos os recursos da sociedade numa única pessoa seria eficiente e qualquer mudança neste cenário, ou seja, qualquer redistribuição, seria ineficiente, pois deixaria aquele sumo - possuidor em situação pior àquela em que anteriormente se encontrava.

Neste sentido complementa Richard Posner:

O liberalismo está relacionado a uma das versões da economia normativa, o princípio de Pareto [...]. O problema de transformar esse princípio num princípio *liberal* é que, se levarmos em consideração as externalidades mentais e pecuniárias, poucas transações não pioram a situação de alguém em algum lugar, pondo esse alguém em circunstâncias nas quais compensá-lo seria impossível. E a coisa torna-se insolúvel quando o que as pessoas desejam é negar aos outros alguma forma de liberdade

---

<sup>191</sup> COELHO, p. 14.

(assistir a filmes pornográficos, por exemplo), de modo que o exercício dessa liberdade [...] passa a causar dano aos outros.<sup>192</sup>

Não obstante sua incompletude, há utilidade na proposição paretiana:

Apesar das fundamentadas críticas destinadas ao padrão elaborado por Pareto, não se pode lhe retirar o mérito de ser um modelo teórico que facilita a análise de situações fáticas para detectar falhas na estrutura ou no comportamento dos agentes.

No entanto, fundamentar a análise jurídica no esquema paretiano levaria a resultados não desejáveis, posto que as pessoas não estão em situações simétricas, nem avaliam igualmente o conceito de bem-estar.<sup>193</sup>

A eficiência na concepção de Pareto é completada pelo conceito de Kaldor-Hicks.

### 3.2.2 A eficiência segundo Kaldor-Hicks

As questões não solucionadas por Pareto são respondidas através do método de Kaldor-Hicks, segundo o qual uma mudança em que alguns indivíduos saiam prejudicados é possível, desde que aqueles que melhorem de posição ganhem mais do que percam aqueles que têm sua situação deteriorada. Assim, os indivíduos que melhoram de sua situação podem teoricamente compensar aqueles que ficam piores, podendo eventualmente levar a uma situação de eficiência alocativa no sentido de Pareto.

Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam. Isso quer dizer que o critério de Kaldor-Hicks permite que mudanças sejam feitas ainda que haja perdedores<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> POSNER, 2009, p. 25

<sup>193</sup> ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. *Revista Direito GV*, v.2, n.1, p12-13. jan-jun 2006

<sup>194</sup> SALAMA, 2010B, p. 31.

Bruno Meyerhof Salama ilustra a teoria com um exemplo:

A prefeitura da cidade de São Paulo, recentemente, proibiu a colocação de grandes cartazes de propaganda na cidade. Houve “perdedores”, e disto não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação parece indicar que os ganhos do restante da população (os “ganhadores”) excederam as perdas do grupo de “perdedores”. Novamente, note que, pelo critério de Pareto, esses “perdedores” teriam que ser de fato compensados, de modo que deixassem de perder. Mas pelo critério de Kaldor-Hicks, basta que essa compensação seja possível, mesmo que de fato não ocorra.<sup>195</sup>

A eficiência de Kaldor-Hicks possui maior aceitação do que o paradigma proposto por Pareto, como afirma Posner:

The conditions for Pareto superiority are almost never satisfied in the real world, yet economists talk quite a bit about efficiency; the operating definition of efficiency in economics must not be Pareto superiority. When an economist says that free trade or competition or the control of pollution or some other policy or state of the world is efficient, nine times of ten he means Kaldor-Hicks efficient.<sup>196</sup>

Mas nem por isso está imune às críticas, pois, no âmbito das políticas públicas, solucionaria apenas a questão do nível de riqueza, preterindo a sua distribuição. Ademais,

---

<sup>195</sup> Idem.

<sup>196</sup> “As condições para a superioridade de Pareto quase nunca estão satisfeitas no mundo real e, no entanto, os economistas falam pouco sobre a eficiência; a definição operacional de eficiência na economia não deve ser a superioridade de Pareto. Quando um economista diz que o comércio livre, concorrência, nem o controle de poluição ou de alguma outra política ou estado do mundo é eficiente, nove vezes em dez, ele quer dizer Kaldor-Hicks eficiente” - tradução nossa. POSNER, 2003, p. 13

O critério de Kaldor-Hicks impõe apenas a condição de que os ganhadores estejam em condições de compensar os perdedores, não sendo imprescindível que, de fato, tal compensação ocorra.

Em que pesem as críticas direcionadas ao critério de Kaldor-Hicks, aplicando-o para a análise das restrições verticais, pode-se dizer que uma das vertentes defendidas pela Escola de Chicago é a de que não se deveria aceitar sua proibição *per se*, já que seriam elas benéficas ao mercado na medida em que reduziriam os custos de transação, gerando economias de escala; tornariam menos difícil a entrada de novos participantes no mercado de distribuição, já que viabilizariam o retorno do investimento; evitariam a atuação dos *free-riders*; e, por fim, impediriam a concentração dos distribuidores<sup>197</sup>.

Esses os métodos de aferição numérica da eficiência. Impende analisar o aspecto conceitual da eficiência na doutrina na Análise Econômica do Direito.

### 3.2.3 A teoria eficientista de Richard Posner

Dado o protagonismo que Richard Posner exerce na corrente da Análise Econômica do Direito, a análise da evolução de sua obra pontua também o desenrolar da própria doutrina a que ele se filia.

Em suas primeiras obras, notadamente *Economics of Justice* (em português, *A Economia da Justiça*) e *Economic Analysis of Law* (ainda sem tradução), Posner realmente fundava sua teoria na maximização da riqueza. Já a partir da década de 90, o autor abandonou a fundamentação nesse critério em favor da visão pragmática do Direito.

Pretende-se, a seguir, apresentar a evolução na teoria de Posner, segundo os preceitos delineados, o que também serve a apresentar os ideais defendidos por parte dos adeptos da Análise Econômica do Direito.

---

<sup>197</sup> ROMERO, 2006, p.12-13.

### 3.2.3.1 A primeira fase da teoria de Posner: a *maximização da riqueza*

Os fundamentos da primeira fase da teoria de Posner estão insertos nas obras “*Economic Analysis of Law*” e “*A Economia da Justiça*” (“*Economics of Justice*”). Nestas, o autor expõe de forma bastante abrangente sua interpretação econômica de variadas questões que envolvem o Direito, desde o direito do *common law* (propriedade, contrato, responsabilidade civil e direito penal) até a regulação do mercado, passando pelo processo, privacidade, discriminação racial, dentre outros.

De modo bastante didático, Posner expõe ao seu público eminentemente jurídico conceitos-chave de economia que servirão de base à sua construção teórica.

É no desenvolvimento de sua defesa da análise econômica que Posner expõe primariamente a polêmica base de sua teoria: a fundamentação do Direito na maximização da riqueza, o que corresponderia à ao conceito de eficiência, na sugestão do autor.

Lo que podríamos llamar la teoría de la eficiencia del derecho común no es que *toda* doctrina y decisión del derecho común sea eficiente. Eso sería mui improbable, dada la dificultad de las cuestiones a las que se enfrenta el derecho y la naturaleza de los incentivos de los jueces. La teoría es que el derecho común se explica mejor (no perfectamente) como un sistema para la maximización de las riquezas de la sociedad<sup>198</sup>. (Sem grifo no original)

A perspectiva proposta pelo autor quebra os paradigmas através dos quais costumeiramente se enxerga o Direito, pois determina que

Em uma perspectiva econômica ou de maximização da riqueza, a função básica do direito é a alteração de incentivos. Isso implica que a lei não impõe impossibilidades, pois uma

---

<sup>198</sup> “O que poderíamos chamar de teoria da eficácia da lei comum não é que todas as decisões e doutrina do direito comum são eficientes. Isso seria muito pouco provável, dada a dificuldade das questões com a lei ea natureza dos incentivos dos juízes. A teoria é que o direito comum pode explicado melhor (não perfeitamente) como um sistema para maximizar a riqueza da sociedade” – tradução nossa. POSNER, 2007A, p. 58.

ordem impossível de cumprir não alterará comportamentos<sup>199</sup>.

Pode-se dizer que a idéia de maximização da riqueza parte das seguintes noções:

(i) a de que todas as preferências podem ser traduzidas em termos monetários; (ii) a de que cada indivíduo é capaz de avaliar as consequências monetárias de suas interações econômicas; e (iii) a de que as preferências relevantes são aquelas registradas em mercado<sup>200</sup>.

Posner inova ao demonstrar que os indivíduos integrantes da sociedade norte-americana já têm por hábito agir como maximizadores racionais de seu próprio bem-estar. E, para ele, o *common law* está formado de modo a incentivá-los a se comportar dessa forma.

Para Posner, a hipótese da evolução da *Common Law* americana no sentido da eficiência é a expressão jurídica de um sistema social mais amplo que está voltado à maximização da riqueza da sociedade. Assim, a *Common Law* norte-americana ter-se-ia continuamente estruturado de forma a permitir que o sistema econômico fosse cada vez mais próximo (embora não perfeitamente) dos resultados que um mercado com competição perfeita proporcionaria.<sup>201</sup>

Segundo a teoria posneriana, a maximização da riqueza é, inclusive, elemento constituinte do “tecido ético”. É por isso que, segundo ele, a análise econômica, ao contrário do que acusam seus críticos, não pretere a noção de “justiça”. Posner defende que se deve considerar injusto o ato que reduz a riqueza da sociedade<sup>202</sup> e que as noções de justiça são somente algo mais do que uma preocupação com a eficiência<sup>203</sup>. E exemplifica dizendo que não é eficiente que se permitam

---

<sup>199</sup> POSNER, 2010, p. 90.

<sup>200</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

<sup>201</sup> SALAMA, 2010A, p. 5.

<sup>202</sup> POSNER, 2010, p. 89.

<sup>203</sup> POSNER, 2007, p. 62.

pactos suicidas, que se legalize a chantagem, ou que se permita a venda de bebês para adoção. Assim como não eficientes, estes e outros exemplos citados na obra ofendem a noção de justiça dos cidadãos norte-americanos e são, por consequência, ilegais. É nesta medida que o autor busca alinhar a eficiência, no sentido que propõe (economicamente analisada), à justiça.

No mesmo sentido, busca afastar a noção de que a Análise Econômica do Direito refute o conteúdo moral necessário ao *Common Law*. Defende que princípios morais como a honestidade, a veracidade, a confiabilidade, a caridade, o amor, dentre outros, são defensáveis do ponto de vista econômico, pois reduzem os custos de transação. Outros valores são moralmente defensáveis porque promovem o intercâmbio voluntário de bens, além de reduzir os custos externos e majorar benefícios os internos<sup>204</sup>.

[...] en general parecería que el respecto de los principios morales generalmente aceptados aumenta la riqueza de la sociedad en mayor medida de los que la reduce, sobre todo si los principios están apropiadamente ordenados, de modo que el altruísmo, la confiabilidad y otros rasgos instrumentales se vuelven instrumentales para el bienestar social, antes que para el bienestar privados, cuando los dos discrepan<sup>205</sup>.

Ademais, segundo ele, o critério da maximização da riqueza “*permite a conciliação de três princípios éticos concorrentes: a utilidade, a liberdade e até a igualdade*”<sup>206</sup>.

Na defesa desse critério, Posner chega a argumentar que esta é a referência apta a discernir regras justas e injustas. Ou seja, seriam justas aquelas que contribuíssem para a maximização da riqueza da sociedade, e injustas as que resultassem em sentido contrário.

Outrossim, ao abordar a eficiência das regras, Posner as divide em dois âmbitos: serão *substancialmente* eficientes se estabelecem um

---

<sup>204</sup> POSNER, 2007A, p. 416 e ss.

<sup>205</sup> Idem, p. 417 ([...] Em geral, parece que o respeito dos princípios morais geralmente aceitos aumenta a riqueza da sociedade mais fortemente do que a reduz, especialmente se os princípios estão se apropriando de ordenados, assim, o altruísmo, a confiabilidade e outras características tornam-se instrumental no bem-estar social e não para o bem privado” – tradução nossa)

<sup>206</sup> POSNER, 2010, p. 138.



preceito que, se obedecido, interiorizará uma externalidade ou, de outro modo, promoverá a designação eficiente dos recursos; e serão *processualmente* eficientes caso se destinem a reduzir o custo ou aumentar a correção do uso do sistema legal<sup>207</sup>.

Entretanto, Posner não ignora as possíveis incorreções da fundamentação do Direito na maximização da riqueza. Mas, ao comentá-las, traz à tona ainda mais polêmica. O problema se revela no caso das *“pessoas cuja renda, de tão baixa, é insuficiente para sustentar um mínimo padrão de vida decente, não têm influência na alocação de recursos, exceto se fizerem parte da função de utilidade de alguém que tenha riqueza”*<sup>208</sup>. É o caso dos deficientes. *“Se por acaso nascesse retardado e seu produto social líquido fosse negativo, esse indivíduo não teria direito aos meios necessários a seu sustento, mesmo não tendo culpa de ser incapaz de obtê-los”*<sup>209</sup>. Apesar de considerar que esse raciocínio fere a sensibilidade moderna, Posner não encontra, em nenhum dos sistemas éticos, meios de solucioná-lo, por considerar que

Tratar igualmente o inventor e o deficiente mental no que concerne a suas pretensões morais de controle sobre recursos valiosos é não levar a sério as diferenças entre os indivíduos. E qualquer política redistributiva afeta a autonomia daqueles a partir dos quais se faz a redistribuição<sup>210</sup>.

Para a construção do critério da maximização da riqueza, Posner apropriou-se de elementos do kantianismo e do utilitarismo de Bentham.

A ética da maximização da riqueza pode ser vista como uma mescla dessas tradições filosóficas rivais. A riqueza é positivamente vinculada, ainda que de forma imperfeita, à utilidade, mas a busca da riqueza, fundada que está no modelo de transação voluntária de mercado, envolve um respeito às escolhas individuais maior do que aquele que se vê no utilitarismo<sup>211</sup>.

---

<sup>207</sup> POSNER, 2007, p. 410.

<sup>208</sup> POSNER, 2010, p. 91.

<sup>209</sup> POSNER, 2010, p. 92.

<sup>210</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>211</sup> Idem, p. 79.

A síntese da fusão das doutrinas supracitadas é explicitada por Bruno Meyerhof Salama:

Vejamos: da tradição utilitarista, Posner retém principalmente dois aspectos. Primeiro, mantém uma concepção consequencialista de moralidade e justiça. Segundo, retém a noção de cálculo individual como ponto de partida no exame das relações em sociedade. Ao mesmo tempo, Posner rechaça o critério de felicidade, pedra de toque do utilitarismo, substituindo-o pela maximização da riqueza. da tradição Kantiana, Posner rechaça o que chama de “fanatismo” Kantiano, que seria a aversão ao raciocínio consequencialista levada a seu extremo lógico. Ao mesmo tempo, retém (ou imagina reter) parte dos conceitos de autonomia e consenso Kantiano. A síntese de todas essas concepções é uma teoria charmosamente inovadora e explosivamente polêmica<sup>212</sup>.

A aproximação da teoria posneriana com o utilitarismo faz com que ambas sejam facilmente confundíveis. Mas não para Posner, que os considera diferentes “em espírito”.

A maximização da riqueza é uma ética de produtividade e cooperação social – para ter direitos sobre os bens e serviços da sociedade, você deve poder oferecer alguma coisa que as pessoas valorizem – enquanto o utilitarismo é uma ética hedonista e anti-social.<sup>213</sup>

Sob esta perspectiva, Posner tece bastantes críticas à utilização do critério de “felicidade”, oriundo do utilitarismo, especialmente no que concerne à difícil mensuração desse valor. Além disso, aponta as “monstruosidades morais” que podem decorrer das escolhas feitas a partir do utilitarismo<sup>214</sup>. Por isso, entende melhor a maximização da riqueza<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> SALAMA, 2010A, p. 8.

<sup>213</sup> POSNER, 2007B, p. 526.

<sup>214</sup> POSNER, 2010, p. 69.

<sup>215</sup> Idem, p. 72 e ss.

Em síntese, esses os fundamentos iniciais da teoria de Richard Posner, que, em um primeiro momento, via na maximização da riqueza (o que, para ele, equivaleria à eficiência) o fundamento do Direito.

### 3.2.3.2 A segunda fase da teoria de Posner: o *pragmatismo cotidiano*

A segunda fase constitutiva da teoria jurídica de Richard Posner é baseada especialmente nas obras *Problemas da Filosofia do Direito* (“*The problems of Jurisprudence*”), *Para Além do Direito* (“*Overcoming Law*”) e *Direito, Pragmatismo e Democracia* (“*Law, Pragmatism and Democracy*”) - na ordem em que foram publicados.

Os conteúdos ali insertos deixam claro a mudança de base teórica, traduzida no abandono do critério da maximização da riqueza como fundamento do Direito. É interessante observar que o autor admite que o câmbio decorreu da avalanche de críticas que suas idéias receberam<sup>216</sup>.

Nesta etapa, percebe-se uma preocupação maior do autor pela fundamentação filosófica de temas afetos à teoria que defende. Isso deixa transparecer, curiosamente (apesar de todo seu enfoque pragmático), uma maior fundamentação teórica do que aquela empregada na fase anterior, onde se verificava uma abordagem essencialmente prático-econômica.

Ao se voltar às questões filosóficas, Posner faz um importante apontamento<sup>217</sup>. Admite a limitação da possibilidade de se traduzir, em linguagem econômica, algumas questões postas ao Direito. Em face desse obstáculo, termina por afirmar que, em algum momento, o indivíduo seguidor da Análise Econômica do Direito terá que tomar partido em questões de filosofia política e moral. Ele o faz admitindo que segue o liberalismo clássico<sup>218</sup>, representado pelo pensamento externado por John Stuart Mill em “*A liberdade*”<sup>219</sup>.

---

<sup>216</sup> Em especial, a crítica dirigida por Dworkin à Posner será exposta em item posterior.

<sup>217</sup> POSNER, 2009, p. 24.

<sup>218</sup> “*Ao criar um vasto campo de atividades privadas invioláveis e facilitar o funcionamento do livre mercado, o liberalismo cria as condições necessárias, segundo nos ensina a experiência, para a liberdade pessoal e a prosperidade econômica*”. POSNER, 2009, p. 26.

<sup>219</sup> Posner indica que o liberalismo clássico de Mill está sedimentado sobre a liberdade, e não sobre a democracia, como normalmente se faz. Aqui, o sentido dessa liberdade, nas palavras de Posner: “*A liberdade como princípio, cujo triunfo em relação à democracia está na fixação de severas restrições ao*

Em *A liberdade*, afirma-se que toda pessoa tem direito à máxima liberdade – tanto pessoal quanto econômica – compatível com a de todos os outros integrantes da sociedade. Nem o Estado nem a opinião pública devem procurar reprimir atos “autorreferenciados”, isto é, atos que não causem dano palpável aos outros indivíduos<sup>220</sup>.

Retomando a mudança de fundamento teórico em Posner, o “peso” da economia é relativizado nesta fase<sup>221</sup>, em relação à anterior, vez que sua importância passa a ser dividida com o pragmatismo e o liberalismo.

Não acredito que o economista detenha todas as chaves da teoria jurídica. Acredito, em vez disso, que a economia seja uma dentre três chaves. As outras são o pragmatismo (despojado, entretanto, dos excessos pós-modernistas) e o liberalismo, sobretudo o da tradição clássica, da qual o principal porta-voz continua sendo John Stuart Mill. [...] as três abordagens se unem para compor uma poderosa ferramenta de compreensão de questões de teoria do direito.<sup>222</sup>

O objetivo do autor é demonstrar que o liberalismo e o pragmatismo são combináveis entre si por meio da economia. E é com a

---

*alcance do governo, afirma que as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, pensar o que quiserem, dizer o que lhes aprouver, louvar a quem quiserem louvar ou não louvar a ninguém, bem como para conceber e seguir o projeto de vida que quiserem, desde que (e esta é uma condição enormemente restritiva e vaga) não façam nada que interfira excessivamente na liberdade dos outros de fazerem o mesmo”. POSNER, 2009, p. 279.*

<sup>220</sup> POSNER, 2009, p. 25.

<sup>221</sup> Percebe-se que houve alteração também no modo com que Posner enxerga a economia: “O indivíduo concebido pela economia não está comprometido com nenhuma meta restrita e egoísta, tal como a maximização da riqueza pecuniária. Não há nada na ciência econômica que determine quais devem ser as metas de um indivíduo. Porém, quaisquer que sejam estas (algumas delas, ou mesmo todas, podem ser altruístas), presume-se que ele venha a persegui-las com as atenções voltadas para o futuro, comparando as oportunidades que se lhe apresentarem no momento em que for necessária uma escolha”. POSNER, 2009, p. 16.

<sup>222</sup> POSNER, 2009, p. VIII.

junção desses três elementos que o autor pretende transformar a teoria do Direito.

Todavia, é o pragmatismo que ocupará posição central na atualidade da teoria posneriana. Pode-se começar a digressão neste sentido pela definição do próprio autor acerca do que constitua sua filosofia:

Em resumo, minha argumentação será favorável a uma concepção do processo jurídico que seja funcional, impregnada de política, não legalista, naturalista, e cética, mas decididamente não cínica; em uma palavra (ainda que, receio, inadequada), vou aqui defender uma filosofia do direito pragmática<sup>223</sup>.

E qual o sentido do pragmatismo adotado por Posner? É o *pragmatismo cotidiano*, que foge às digressões filosóficas<sup>224</sup> e é centrado nos aspectos consequencialistas do direito<sup>225</sup>. O próprio autor busca, inicialmente, definir seu pragmatismo “*como uma abordagem prática e instrumental, e não essencialista: interessa-se por aquilo que funciona e é útil, e não por aquilo que ‘realmente é’*”<sup>226</sup>.

O pragmatismo cotidiano é a atitude mental denotada pelo isso popular da palavra “pragmático”, significando uma visão prática, do tipo usada em negócios, direta, desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhos utópicos.<sup>227</sup>

Em outra oportunidade, melhor responde ao dizer que

---

<sup>223</sup> POSNER, 2007B, p. 37.

<sup>224</sup> Em poucas palavras, Posner resume o que quer dizer: “*Os pragmatistas cotidianos tendem a ser ‘secos’, do tipo que não admitem baboseiras*”. POSNER, Richard A. Direito, Pragmatismo e Democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 9.

<sup>225</sup> “*Para o pragmatista cotidiano, assim como para os sofistas da Grécia Antiga com quem se parece (eles fazem parte de seus ancestrais), teorias morais, políticas e jurídicas têm valor só como retórica, não com o filosofia*”. POSNER, 2010B, p. 9.

<sup>226</sup> POSNER, 2009, p. 4.

<sup>227</sup> POSNER, 2010B, p. 38.

A vertente pragmática que adoto enfatiza as virtudes científicas (a pesquisa feita com imparcialidade e seriedade), coloca o processo de investigação acima dos resultados das pesquisas, prefere a efervescência à imobilidade, rejeita as distinções que não fazem diferença prática – em outras palavras, rejeita a “metafísica”-, vê, com olhar duvidoso a descoberta de “verdades objetivas” em qualquer campo de pesquisa, não tem interesse em criar uma base filosófica adequada para seu pensamento e ação, aprecia a experimentação, gosta de desafiar as vacas sagradas e – nos limites da prudência – prefere dar forma ao futuro a manter-se em continuidade com o passado<sup>228</sup>.

A aplicação desse conceito de pragmatismo é exemplificada pelo o que o autor diz a respeito do comportamento do juiz pragmático:

O juiz pragmático não nega as virtudes das normas jurídicas padrão de generalidade, previsibilidade e imparcialidade, que, em geral, favorecem uma abordagem opostas a mudanças para novas controvérsias legais. Ele se recusa a retificar ou sacralizar essas virtudes. Ousa compará-las às virtudes adaptativas de decisão do caso em questão, de forma a produzir as melhores consequências para as partes e a outras partes circunstanciadas da mesma forma. É impaciente com abstrações como “justiça” e “imparcialidade”, com slogans como “autogoverno” e “democracia” e com a retórica pretensiosa de absolutos – a menos que fique convencido que essas bandeiras têm valor social prático.<sup>229</sup>

As características do pragmatismo proposto por Posner podem ser resumidas a partir das exposições inseridas em “Para além do direito”<sup>230</sup>. O pragmatismo trata os precedentes como uma diretriz e não como um dever; é ativista, no sentido de voltar-se para o progresso (e não no

---

<sup>228</sup> POSNER, 2007B, p. 40.

<sup>229</sup> POSNER, 2010B, p. 9.

<sup>230</sup> POSNER, 2009, p. 4 e ss.

sentido de ativismo judicial); é empírico, interessando-se pelos fatos e seus fundamentos; é cético e antidogmático em relação à existência de verdades absolutas; enfatiza a *primazia do social sobre o natural*; desconfia das proposições que não possam ser testadas pela observação; é diverso do idealismo; clama por um Direito mais realista, “*mais sintonizado com as necessidades reais de pessoas reais*”<sup>231</sup>.

Em outras palavras, pode ser assim resumido:

O pragmatismo de Posner não é um pragmatismo filosófico; é um praticalismo. É a arte de viver sem fundações. Ao se filiar ao pragmatismo jurídico, Posner abandonou completamente a possibilidade de que possa haver uma metafísica para o direito. O direito é para Posner algo instrumental e algo orientado para o futuro, mas mesmo o instrumentalismo não deve ser, diz Posner, guia para o direito. É possível optar-se por ser formalista – talvez até extremamente formalista – em bases pragmáticas. Se o formalismo funcionar melhor, então sejamos formais.<sup>232</sup>

Todavia, o abandono do critério de maximização da riqueza não se dá por completo. Posner permanece admitindo sua utilidade, porém mediante uma interpretação pragmática<sup>233</sup>.

O fato de que, pragmaticamente interpretada, a maximização da riqueza é mais instrumental do que basilar não constitui objeção a seu uso como guia do direito e de políticas públicas. Pode ser o princípio certo para o fim em questão, ainda que só seja certo em virtude de fins que não são exclusivamente econômicos. Pelo menos pode ser o princípio geral, deixando ao proponente dos desvios da maximização da riqueza o ônus da demonstração de sua conveniência.<sup>234</sup>

---

<sup>231</sup> POSNER, 2009, p. 20.

<sup>232</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. "Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner" Fundação Getúlio Vargas. Direito GV, São Paulo. Aug. 2008. Disponível em: [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/30](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30)

<sup>233</sup> Posner admite que “*o argumento mais forte a favor da maximização da riqueza não é moral, mas pragmático*”. POSNER, 2007B, p. 513.

<sup>234</sup> POSNER, 2007B, p. 520.

De igual forma, na revisitação de sua teoria, Posner defende que o pragmatismo exigirá que a interpretação do Direito e o exercício da jurisdição sejam pautados por outros valores essenciais ao *Common Law*.

Posner postulará, então, que ao interpretar e aplicar a lei o juiz de direito deva sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, atentando, por outro lado, para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. Dada a relação conflituosa entre todos estes propósitos, a interpretação e aplicação do Direito terão que continuar sendo uma arte, e não uma ciência.<sup>235</sup>

A partir das exposições, percebe-se que Posner voltou-se à instrumentalidade do Direito e propõe a sua aplicação, e de toda a forma de conhecimento que o permeia e que o complementa (psicologia, economia, estatística, sociologia, dentre outros), de forma essencialmente antidogmática e voltada para o futuro. Essa perspectiva proposta pelo autor enseja a necessária observação das consequências e do aproveitamento prático do que se prega, do que se decide e do modo com que se aplica em geral o Direito.

Embora busque explicar os fundamentos teóricos que formaram a base de suas conclusões, Posner refuta análises filosóficas *per se* e, nesse sentido, encontrará objeções e choques diretos advindos de teóricos e correntes da Teoria do Direito.

Não há como se negar que em sua pátria, Posner encontra terreno fértil para o ponto de vista que propõe, vez que lá o liberalismo e a profunda crença nas bases do capitalismo semearam o terreno para a absorção facilitada dos ideais propostos<sup>236</sup>. Entretanto, em ares nacionais, os teóricos da Análise Econômica do Direito têm buscado preencher as lacunas que eventualmente poderiam obstaculizar a

<sup>235</sup> Bruno Meyerhof Salama. "L e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner" Fundação Getúlio Vargas. Direito GV, São Paulo. Aug. 2008. Disponível em: [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/30](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30)

<sup>236</sup> Ademais, complementa o autor: "A diversidade religiosa e étnica, e portanto moral, da América tem uma importância adicional para a ascensão do pragmatismo". POSNER, 2010A, p. 26.



aplicação dessa corrente. E assim, buscam demonstrar a validade de se adotar a perspectiva econômica em temas essencialmente controvertidos e a possibilidade de se obter respostas através da adoção dessa corrente.

## **4 A APLICABILIDADE DA NOÇÃO DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

### **4.1 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA – QUAL TIPO DE EFICIÊNCIA?**

Nos tópicos anteriores do presente trabalho, foram apresentados os conceitos gerais da eficiência no âmbito da Administração Pública brasileira e da corrente denominada Análise Econômica do Direito, a fim de que se pudesse, agora, analisar se o conceito economicista de eficiência detém aplicabilidade enquanto princípio orientador da atividade administrativa.

Conforme já narrado, a inserção da eficiência dentre os princípios constitucionais orientadores da Administração Pública decorreu de uma reforma que buscou alterar os alicerces e os paradigmas que informavam a atuação estatal até então, voltando-a de burocrática a gerencial. Foi acompanhada de alteração no regime jurídico dos servidores públicos, da previsão das agências executivas, dos mecanismos de atuação por meio do Terceiro Setor, dentre outros movimentos correlatos, como a criação das agências reguladoras e a reforma da Previdência, através da Emenda Constitucional n. 20/98. Todas essas medidas buscaram conferir maior agilidade à atuação estatal, aproximando-a da dinâmica da iniciativa privada<sup>237</sup>.

E quanto à eficiência? Qual a noção de eficiência projetada por Bresser Pereira quando da formulação da Reforma Administrativa? O economista oferece uma noção de seu entendimento ao dizer que

[...] não basta que a administração pública garanta a execução da lei, ou, mais amplamente, das políticas públicas; é necessário efetivá-las com eficiência, ou seja, com uma satisfatória relação

---

<sup>237</sup> Segundo Luis Carlos Bresser-Pereira, “Esta importância dada pela Reforma Gerencial de 1995 ao núcleo estratégico do Estado e às carreiras de Estado são indicações de que reforma não visava eliminar os conceitos clássicos da administração burocrática mas corrigi-los e ampliá-los. Isto se revelou no caput do art. 37 no qual não se eliminaram os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, mas se acrescentou o da eficiência e se buscou, na sua interpretação, entender a publicidade também como transparência. PEREIRA, 2009, p.7.

entre a quantidade e a qualidade dos serviços de um lado e seus custos de outro.<sup>238</sup>

A referida consideração dos custos é a base da eficiência econômica, defendida pelos teóricos da Análise Econômica do Direito. Nesse ideal, a eficiência corresponde à melhor alocação de recursos, segundo o equacionamento dos custos e benefícios envolvidos, conforme os critérios fornecidos pela Ciência Econômica<sup>239</sup>.

Essa perspectiva considera indissociável a apuração dos custos econômicos na busca pela efetivação dos direitos.

Numa perspectiva de Direito e Economia, os recursos orçamentários obtidos por meio de tributação são escassos, e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas. Por essa razão, o emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente a fim de que possa atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso<sup>240</sup>.

Deve-se ter em mente que o desenvolvimento da teoria da Análise Econômica do Direito ocorreu nos Estados Unidos da América, país cuja constituição não prevê direitos sociais. Assim sendo, lá a eficiência econômica, tão dominante na orientação dos juízes (que *criam* o Direito, na acepção do *Common Law*) não necessita ser verificada em face de uma ampla gama de direitos fundamentais positivos e direitos sociais, como aqueles previstos na Constituição Federal brasileira. Isso faz com que a missão de análise a partir da eficiência econômica se torne tarefa notadamente menos árdua naquela doutrina estrangeira do que em solo nacional.

---

<sup>238</sup> Idem, ibidem.

<sup>239</sup> TIMM, Luciano, TONIOLO, Giuliano. A Aplicação do Princípio da Eficiência à Administração Pública: levantamento bibliográfico e um estudo da jurisprudência do TJRS. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, junho, julho, agosto, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LUCIANO-BENETTI.pdf>>. Acesso em 19 de outubro de 2011.

<sup>240</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org). 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.52

A aferição da possibilidade de utilização dos corolários econômicos como base para a significação do princípio constitucional da eficiência, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, demanda a verificação primordial de seu cotejo ante os direitos fundamentais, apresentado a seguir.

## 4.2 A PERSPECTIVA DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA ANTE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sem ambição de esgotar o tema, importa discutir, no espaço limitado deste trabalho, a aplicação do corolário da eficiência econômica em face dos direitos fundamentais previstos no ordenamento brasileiro, notadamente, aqueles grifados no texto constitucional de 1988. Ou, conforme propuseram Gustavo Amaral e Danielle Melo, deve-se questionar se a *“eficiência, no sentido de considerar custos e de decisões alocativas que permitam fazer mais por menos, é estrangeirismo no idioma dos direitos fundamentais?”*<sup>241</sup>

A importação do conceito de eficiência desenvolvido pela Análise Econômica do Direito tem espaço de aplicação ante a extensa previsão de direitos fundamentais inserta na Constituição Federal?

A anterior digressão acerca da eficiência administrativa e eficiência economicamente considerada serviram de paradigma para a contextualização desses conceitos em face do ordenamento constitucional brasileiro.

Conforme exposto, o ideal de eficiência econômica envolve a consequente escolha de ações públicas que otimizem a utilização dos recursos públicos, através da obtenção de melhores resultados, assim majoritariamente considerados (eficiência paretiana, passível de complementação mediante a aplicação da eficiência de Kaldor-Hicks).

Esse exercício afeta diretamente as políticas públicas<sup>242</sup>, indispensáveis à consecução dos direitos fundamentais e que, por óbvio,

---

<sup>241</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. Há direitos acima dos orçamentos? In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 87.

<sup>242</sup> Adotar-se-á a posição exarada por Ana Paula de Barcellos para a definição do que se entende por políticas públicas: “trata-se de conceito bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas

envolvem o dispêndio de recursos públicos, que são sabidamente limitados.

Em resumo, esse o problema que se apresenta:

(i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, em certa medida, (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos.<sup>243</sup>

A relação entre eficiência econômica e direitos fundamentais não se esgota em si. Ela perpassa outros conceitos a si intrínsecos, como o caráter social da Constituição Federal, o dispêndio de recursos públicos, a capacidade limitada desses recursos e as escolhas derivadas do desequilíbrio dessa relação. Por isso, faz-se necessário abordar esses conceitos a fim de que se obtenha a resposta sobre a dicotomia existente entre os direitos fundamentais e a eficiência econômica.

#### **4.2.1 A vinculação constitucional aos direitos fundamentais**

Previamente à discussão da vinculação constitucional aos direitos fundamentais, faz-se necessário revelar que se adota a concepção exarada por Ingo Wolfgang Sarlet acerca do que sejam os direitos fundamentais:

Assim, com base no nosso direito constitucional positivo, e integrando a perspectiva material e formal já referida, entendemos que os direitos fundamentais podem ser conceituados como

---

áreas.” BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 102.

<sup>243</sup> BARCELLOS, 2010, p. 106.

aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais).<sup>244</sup>

Considerando-se que correspondem a direitos fundamentais as normas constitucionalmente previstas de direitos dessa natureza, passa-se à sua classificação.

Verificamos que uma classificação dos direitos fundamentais que pretenda um certo grau de relevância prática não poderá desconsiderar nem a diversidade de funções exercidas, nem a distinta e complexa estrutura normativa dos direitos fundamentais. Portanto, sem que estejamos a minimizar o valor de outros critérios classificatórios, consideramos que apenas uma classificação sistemática, calcada em critérios objetivos, funcionais e diretamente embasados nas especificidades do direito constitucional positivo poderá ser de efetiva utilidade prática.<sup>245</sup>

Os direitos fundamentais podem ser classificados, segundo proposto pelo constitucionalista alemão Robert Alexy, em (i) direitos a proteção, (ii) direitos a organização e procedimento, e (iii) direitos a prestações em sentido estrito. Desta forma, estar-se-á a abranger tanto aqueles direitos considerados negativos, de defesa do cidadão em face do Estado, quanto os direitos ditos prestacionais.

Além dessas, outras diferenças também são apontadas pelo autor:

---

<sup>244</sup> SARLET, 2001, p. 11.

<sup>245</sup> SARLET, 2001, p. 12.

Direitos a ações negativas impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos. Mas eles não dizem nada sobre que objetivos devem ser perseguidos. Direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos. Por isso, todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos.<sup>246</sup>

Todos esses direitos são conceituados por Alexy como direitos prestacionais, uma vez que entende que todo direito a ação estatal positiva (uma ação do Estado) é um direito a prestação<sup>247</sup>.

E por que se atribuir direitos a prestações aos direitos fundamentais? Alexy responde à questão afirmando que *“direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.”*<sup>248</sup>

A primeira categoria, os direitos a proteção<sup>249</sup>, *“devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra*

---

<sup>246</sup> ALEXY, 2011, p. 444.

<sup>247</sup> Alexy também indica que “os direitos dessa natureza podem ser considerados direitos a prestações somente se se tratar de direitos *subjetivos* e de *nível constitucional*”. E acrescenta: “enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (*s*) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, *em relação* a *a*, o dever de realizar *h*”. ALEXY, p. 445)

<sup>248</sup> ALEXY, 2011, p. 446.

<sup>249</sup> No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet: “acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal”. SARLET, 2001, p.13.

*intervenções de terceiros*”<sup>250</sup>. São vários os seus objetos, podendo-se destacar a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade<sup>251</sup>.

O que há em comum em meio a essa diversidade é o fato de que os direitos a proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito da mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação.<sup>252</sup>

Complementarmente, Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta:

A título de síntese e de acordo com a plástica formulação de Gomes Canotilho, “os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídicosubjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos.”<sup>253</sup>

Os direitos a organização e procedimento, por sua vez, referem-se à fórmula de “realização e asseguuração” dos direitos fundamentais por

---

<sup>250</sup> ALEXY, 2011, p. 450.

<sup>251</sup> Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta que “abrangem, além dos assim denominados direitos de liberdade, a igualdade perante a lei, o direito à vida e o direito de propriedade, os quais integram o que se convencionou chamar de primeira geração dos direitos fundamentais. No mais, fazem parte deste grupo todos os direitos fundamentais que objetivam, em primeira linha, a proteção de certas posições jurídicas contra ingerências indevidas, de tal sorte que, em princípio, se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade (em todos os seus aspectos), assegurando, além disso, uma esfera de autodeterminação (autonomia) do indivíduo”. SARLET, 2001, p.14.

<sup>252</sup> ALEXY, 2011, p. 450.

<sup>253</sup> SARLET, 2001, p.14.



meio de normas que asseguram proteção jurídica efetiva<sup>254</sup>. “*As normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais*”<sup>255</sup>.

A terceira categoria corresponde aos direitos a prestação em sentido estrito. A fundamentação desses direitos é sintetizada por Ingo Wolfgang Sarlet:

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, assegurada pelos direitos de defesa (ou função defensiva dos direitos fundamentais), a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende e muito de uma postura ativa dos poderes públicos.<sup>256</sup>

Nas palavras do autor, “*direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares*”<sup>257</sup>. Inserem-se nessa categoria os direitos à assistência e saúde, ao trabalho, à moradia e à educação.

Os direitos a prestação em sentido estrito, também chamados de direitos fundamentais sociais<sup>258</sup>, a partir do ponto de vista teórico-estrutural, podem ser diferenciadas em três critérios: (i) normas que

---

<sup>254</sup> Por não se tratar de normas relativas à consecução dos direitos fundamentais, e não se direitos fundamentais propriamente ditos, não se delongará em comentários acerca dos direitos a organização e procedimento. Para saber mais, ver ALEXY, 2011, p. 470-498.

<sup>255</sup> ALEXY, 2011, p. 473.

<sup>256</sup> SARLET, 2001, p.15.

<sup>257</sup> ALEXY, 2011, p. 499.

<sup>258</sup> Alexy entende que todos os direitos a prestações em sentido estrito podem ser designados como direitos fundamentais sociais. ALEXY, 2011, p. 500.

garantem direitos subjetivos ou normas que apenas obriguem o Estado de forma objetiva; (ii) normas vinculantes ou não vinculantes (enunciados programáticos)<sup>259</sup>; (iii) normas que fundamentam direitos e deveres definitivos ou *prima facie* (regras ou princípios).

Alexy apresenta uma tabela<sup>260</sup> que sintetiza os oito tipos de norma que sintetizam sua teoria:

vinculante				não-vinculante			
Subjetivo		Objetivo		Subjetivo		Objetivo	
def.	p.f.	def.	p.f.	def.	p.f.	def.	p.f.
1	2	3	4	5	6	7	8

A respeito do conteúdo da tabela, Alexy comenta:

A proteção mais intensa é garantida pelas normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações: (1); a proteção mais fraca, pelas normas não-vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações (8). As diversas teses teórico-normativas que são sustentadas no âmbito dos direitos fundamentais sociais devem ser compreendidas à luz da tabela acima.

Caso se compreenda os direitos fundamentais como obrigação (positiva) de o legislador fazer de tudo para a sua realização, mesmo que não haja um direito subjetivo do cidadão, estar-se-á a tratar das obrigações objetivas *prima facie* vinculantes, que correspondem ao item n. 4 da tabela.

O caso em que o Tribunal Constitucional Federal alemão instituiu a doutrina da “reserva do possível” (tratado em item posterior desse trabalho), ao abordar o direito de um cidadão a ser admitido no curso universitário de sua escolha, traduz um direito subjetivo *prima facie*

<sup>259</sup> “Uma norma deve ser considerada como ‘vinculante’ se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal”. ALEXY, 2011, p. 501)

<sup>260</sup> ALEXY, 2011, p. 501.

vinculante – item 2 da tabela. E “*um direito subjetivo definitivo vinculante (1) é o direito a um mínimo existencial*”<sup>261</sup>,<sup>262</sup>.

A passagem exemplificativa pelo conteúdo das lições de Alexy demonstra a vinculação constitucional às normas de direitos fundamentais, notadamente em uma Carta como a brasileira, orientada por valores de cunho social<sup>263</sup>.

Importa considerar que, além da extensa previsão constitucional de direitos fundamentais, dentre esses também considerados os direitos sociais, nos últimos governos observou-se a expansão de direitos sociais na legislação ordinária, como exemplifica Ricardo Lobo Torres<sup>264</sup>:

- a) regulamentação do Sistema Único de Saúde (SUS) e da Agência Nacional de Saúde (Lei 8.080, de 19.9.90, e Lei 9961, de 28.01.2000;
- b) fornecimento de remédios para aidéticos (Lei Sarney: n. 9313/96);
- c) regulamentação da assistência social (Lei 8742, de 7.12.93);
- d) programa bolsa-escola (Lei 10219, de 11.04.01);
- e) estatuto do idoso (Lei n. 10.741, 1/10/03);
- f) renda básica de cidadania (Lei 10.835, 08.01.04);
- g) programa bolsa-família (Lei 10.836, 9.01.04).

---

<sup>261</sup> Alexy comenta a relação entre o mínimo existencial e as limitações de recursos financeiros do Estado: Mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras”. ALEXY, 2011, p. 513.)

<sup>262</sup> ALEXY, 2011, p. 502.

<sup>263</sup> “Entendemos que o assim denominado "Estado Social de Direito" constitui um Estado Social que se realiza mediante os procedimentos, a forma e os limites inerentes ao Estado de Direito, na medida em que, por outro lado, se trata de um Estado de Direito voltado à consecução da justiça social”. SARLET, 2001, p.4.

<sup>264</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 68.

Exposta a vinculação constitucional aos direitos fundamentais, passa-se à discussão central da aplicabilidade da eficiência econômica à Administração Pública.

#### 4.2.2 A eficiência econômica aplicada à Administração Pública

A perspectiva oferecida pela Análise Econômica do Direito não traz alento, tampouco promessas quanto à efetivação e proteção ampla e irrestrita dos direitos fundamentais. Ao contrário, oferece respostas baseadas no contexto da insuficiência orçamentária ante a enorme gama de demandas sociais<sup>265</sup>.

Desse desequilíbrio entre recursos e demandas, derivam-se “escolhas trágicas”<sup>266</sup> a serem feitas. Afinal, “*se os recursos são escassos, certamente nem todas as necessidades sociais de saúde,*

---

<sup>265</sup> Apesar do problema da limitação orçamentária, os próprios doutrinadores da AED admitem que o evidente caráter social da Constituição Brasileira determina a atuação estatal, como exemplifica a citação de Luciano Benetti Timm: “nosso argumento é que este é um papel essencialmente do Estado (promover os direitos sociais e a assistência social), como é típico do modelo welfarista, e mais especificamente é tarefa do Poder Executivo mediante políticas públicas racionais e eficientes que levam a sério o gasto público”. TIMM, 2010, p.57.

<sup>266</sup> A expressão “escolhas trágicas” deriva do título da obra “*Tragic Choices – the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*”, de Guido Calabresi e Philip Bobbit. Segundo os autores, “*tragic choices come about in this way. Though scarcity can often be avoided for some goods by making them available without costs to everyone, it cannot be evaded for all goods. In the distribution of scarce goods society has to decide which methods of allotment to use, and of course each of these methods – markets, political allocations, lotteries, and so forth – may be modified, or combined with another. The distribution of some goods entails great suffering or death. When attention is riveted on such distributions they arouse emotions of compassion, outrage, and terror. It is then that conflicts are laid bare between on the one hand, those values by which society determined the beneficiaries of the distribution, and (with nature) the perimeters of scarcity, and on the other hand, those humanistic moral values which prize life and well-being.*” CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices – the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: WW Norton & Company.

*educação, lazer, serão atendidas*”<sup>267</sup>. Certamente, definir quais direitos serão atendidos, e, principalmente, quais serão preteridos, com o uso de qualquer método que seja, é uma trágica missão.

Semelhante caso ocorre na colisão entre princípios, quando se revela necessário preterir um princípio constitucional em razão do atendimento de outro, a qual autores neoconstitucionalistas buscaram dar respostas através do oferecimento de métodos de solução de conflitos<sup>268</sup>. Aqui, para os analistas econômicos do Direito, a solução ultrapassa o desenvolvimento de uma teoria argumentativa e toma como base que “*somente uma cuidadosa análise de custo-benefício de cada gasto, de cada política pública alternativa, feita por economistas, médicos, gestores, pode indicar o melhor caminho, aceitando-se a triste premissa de que nem tudo estará protegido*”<sup>269</sup>.

Com base nas necessárias escolhas alocativas que a doutrina da AED defende a interdisciplinariedade entre Direito e economia, conforme leciona Luciano Benetti Timm: “*em todo caso, a literatura jurídica especializada defende a clara influencia da racionalidade econômico-gerencial à máquina governamental, e, portanto, ao Direito Público, abrindo espaço para um ‘diálogo’ entre o Direito e a Economia (ou a ‘interconexão sistêmica’ para os que gostam da análise de Luhmann)*”<sup>270</sup>.

Em síntese, trata-se do já mencionado *trade off*.

A idéia de escassez traz consigo a noção de *trade off*. Sem tradução exata para o português, podemos dizer que a alocação de recursos escassos envolve, simultaneamente, a escolha *do que atender e do que não atender*. Preferir empregar um dado recurso para um dado fim significa não apenas compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com o recurso que está sendo consumido, em todas as demais direções possíveis. Decidir atender dada pessoa com um órgão para transplante é também decidir não atender todos os demais que poderiam ser beneficiados com aquele órgão específico. Uma UTI neonatal consome recursos – dinheiro,

---

<sup>267</sup> TIMM, 2010, p.60.

<sup>268</sup> Tal qual a teoria de solução de conflitos entre princípios formulada por Robert Alexy, já apresentada em tópico anterior deste trabalho.

<sup>269</sup> TIMM, 2010, p.61.

<sup>270</sup> TIMM, TONIOLO, 2009, p.5.

espaço, pessoal – que não estarão disponíveis para atender as necessidades que não sejam de recém nascidos.<sup>271</sup>

Vislumbra-se que o problema entre a eficiência econômica e os direitos fundamentais revela a diferente perspectiva adotada por ambas as correntes. A teoria dos direitos fundamentais defende que tais normas são decorrência da evolução constitucional do Direito, e que, ao final, trata-se de mais do que normas, mas finalidades e objetivos a serem perseguidos pelo Estado. É o escopo do Estado Social.

De outra feita, para os adeptos da eficiência econômica, o contexto de escassez não se satisfaz na digressão teórica, tampouco essa seria suficiente a resolver o problema de necessidades ilimitadas *versus* recursos finitos. Essa perspectiva parte da realidade atual para buscar, na teoria, tentativas de respostas ao problema detectado, enquanto os teóricos dos direitos fundamentais partem da teoria para buscar tentativas de implementação dela na realidade.

A abordagem econômica do Direito não encontra obstáculos nos direitos fundamentalmente assegurados na Constituição para as escolhas que entendem necessárias. Isso porque entendem serem as escolhas irrefutáveis e inerentes à realidade orçamentária vivenciada.

Essa perspectiva traduz uma ótica consequencialista das políticas públicas e também das normas que outorgam direitos prestacionais.

O argumento em favor do raciocínio consequencialista surge do fato de que as atividades têm consequências. Mesmo atividades que são intrinsecamente valiosas podem ter outras consequências, pelo o que o valor intrínseco de qualquer atividade não é uma razão adequada para menosprezar seu papel instrumental, e a existência de uma importância instrumental não é uma negação do valor intrínseco de uma atividade. É preciso, pois, examinar não apenas o valor intrínseco da norma e o estado de coisas por ela direcionado, mas também as diversas consequências intrinsecamente valiosas ou desvaliosas que possam decorrer das atividades afetadas pela norma. [...]

A consideração consequencialista não corresponde necessariamente a um utilitarismo

---

<sup>271</sup> AMARAL; MELO, 2010, p. 92.

quanto à decisão do ato em concreto, mas sim quanto ao prestígio do conjunto de regras cuja observação pela grande maioria dos envolvidos deva produzir os melhores resultados.<sup>272</sup>

Então se poderia dizer que a Análise Econômica do Direito não detém qualquer preocupação com os valores morais insertos na Constituição? Richard Posner responde a questão:

The economic approach to Law is criticized for ignoring “justice”. One must distinguish between the different meanings of this word. Sometimes it means distributive justice, the proper degree of economic equality.[...] A second meaning of justice, perhaps the most common, is – efficiency. We shall see, among other examples, that when people describe as unjust convicting a person without a trial, taking property without just compensation, or failing to make a negligent automobile driver answer in damages to the victim of his negligence, this means nothing more pretentious than that the conduct wastes resources. Even the principle of unjust enrichment can be derived from the concept of efficiency. And with a little reflection, it will come as no surprise that in a world of scarce resources waste should be regarded as immoral.<sup>273</sup>

Conforme exposto, o viés economicista, em sua corrente mais preponderante (capitaneada por Posner), enxerga a eficiência como

---

<sup>272</sup> AMARAL; MELO, 2010, p. 86.

<sup>273</sup> “A abordagem econômica do Direito é criticado por ignorar a “justiça”. É preciso distinguir entre os diferentes significados da palavra. Às vezes isso significa justiça distributiva, o grau adequado de igualdade econômica [...] Um segundo significado de justiça, talvez a mais comum, é – eficiência. Veremos, entre outros exemplos, que quando as pessoas descrevem como injusta a condenação de uma pessoa sem um julgamento, a retirada da propriedade sem justa compensação, ou um motorista de automóvel negligente deixar de indenizar a vítima de sua negligência, isso não significa nada mais pretensioso do que a conduta desperdiça recursos. Mesmo o princípio do enriquecimento injusto pode ser derivado do conceito de eficiência. E com um pouco de reflexão, não será surpresa que em um mundo de recursos limitados o desperdício seja considerado imoral”. POSNER, 2003, p. 27.

fundamento moral do Direito, eis que defende que a eficiência garante, muitas vezes, a eficácia da justiça.

Bruno Meyerhof Salama, ao defender as razões por que a economia auxilia o estudioso do Direito, cita um exemplo de como uma norma que se pretende asseguradora dos direitos fundamentais pode acabar por prejudicar o direito dos cidadãos, neste caso, os consumidores. Veja-se:

Em março de 2006, uma senadora apresentou um projeto de lei par acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor um dispositivo que facultaria ao consumidor antigo de produtos e serviços executados de forma contínua, a seu critério, exigir a concessão de benefícios que são oferecidos pelos fornecedores para a adesão de novos consumidores.

Por exemplo: se uma operadora de telefones celulares oferecesse uma promoção de um mês de uso gratuito do telefone celular para novos consumidores, os consumidores antigos teriam o direito de exigir o mesmo benefício. Alegadamente, o fim normativo da medida seria o de proteger os consumidores.

Seriam os meios jurídicos propostos adequados a esses fins? Certamente que não. A nova regra induziria as empresas a competirem através de campanhas publicitárias, jingles, etc. - ao invés de concederem descontos. O primeiro efeito que se esperaria dessa regra seria a redução do número de promoções. O segundo efeito seria a redução da competição entre as empresas fornecedoras. Em síntese, sob o louvável pretexto de se proteger os consumidores, se estará prejudicando a maioria deles.<sup>274</sup>

Os teóricos da Análise Econômica do Direito defendem uma alternativa para a busca da justiça social: a tributação<sup>275</sup>.

Defendemos que o serviço público e a assistência social prestados pelo Estado ou por suas concessionárias ou permissionárias (neste último

---

<sup>274</sup> SALAMA, 2009, p.3-4.

<sup>275</sup> Para maiores esclarecimentos, ver ALMEIDA, Alberto Carlos. O dedo na ferida: menos imposto, mais consumo. Rio de Janeiro: Record, 2010.



caso dentro da lógica do mercado) com o subsídio dos impostos é a forma mais eficiente de promoção do texto constitucional e, portanto, dos direitos sociais.<sup>276</sup>

Dessa forma, verifica-se nitidamente a diferente abordagem adotada pelas posições antagônicas aqui colacionadas. A Análise Econômica do Direito entende que a centralidade na busca por medidas economicamente eficientes, dentre elas a tributação, pode levar à consecução de objetivos sociais, ainda que talvez essa não seja a meta primeira almejada.

### **4.2.3 O orçamento e a “reserva do possível”**

São duas as principais objeções lançadas pelos teóricos juseconômicos, ou de inclinações econômicas, à consecução integral dos direitos fundamentais: a limitação orçamentária e a chamada “reserva do possível”.

#### **4.2.3.1 A limitação orçamentária**

Em poucas palavras, pode-se dizer que o argumento da limitação orçamentária traduz o contexto de existência de demandas ilimitadas em face de recursos restritos. Essa é a razão que fundamenta a averiguação da possibilidade econômica da implementação de direitos, pois que a realidade da privação orçamentária é inescapável e afeta diretamente a execução de políticas públicas que demandam dispêndio de recursos públicos.

Esta dignidade do orçamento torna, a nosso ver, descabido tratá-lo como “questão menor”. Até porque, como “levar o direito a sério é também levar a escassez a sério” e como “justificar a decisão particular envolve a enunciação de alguma deliberação ‘universal’ pertinente à questão particular (Maccormick, 2007, p.128), afirmar que alguém tem o direito de receber dada prestação do Estado, sem limites nas possibilidades, demanda que se admita, ao menos

---

<sup>276</sup> TIMM, 2010, p.58.

implicitamente, um custeio ilimitado, a despeito das garantias constitucionais ligadas à tributação, ao respeito da propriedade e dos contratos, que protege não apenas os que contratam com o Poder Público, mas também o direito dos servidores a seus vencimentos.

Ao afirmar um “direito ilimitado” que deva ser realmente efetivo pressupõe que, na falta de meios, eles possam ser extraídos a despeito dos limites constitucionais. Esses recursos, entretanto, teriam que vir da sociedade, seja através de tributos, seja através do confisco, seja através da “priorização de pagamentos”, sacrificando direitos dos que contratam com o Estado e também dos servidores públicos.<sup>277</sup>

Ao que o Estado defere, em via administrativa ou judicial, o direito de um cidadão a tratamento de saúde de elevado custo, p.ex., também está assumindo um custo de oportunidade, que pode ser reconhecido na compra de medicamentos para outras doenças, ou no atendimento de demandas de saúde menos custosas, mas que atendam a uma gama maior de pessoas<sup>278</sup>.

A prevalência do direito do reclamante em Juízo poderia ser enfrentada em face do princípio constitutucional da impessoalidade, corolário da Administração tal qual a eficiência. É o que sugere Ricardo Lupion<sup>279</sup>:

Referido princípio constitucional impõe à Administração (inclusive ao Judiciário) o dever de tratamento igual a todos aqueles que se encontrem em posição similar, isto é, os atos praticados devem gerar os mesmos efeitos e atingir a todos os administrados que estejam em idêntica situação fática ou jurídica.

---

<sup>277</sup> AMARAL; MELO, 2010, p. 94.

<sup>278</sup> “Na medida em que um indivíduo obtém o direito de receber determinado medicamento ou o equivalente em dinheiro, provavelmente alguém ficará privado de idêntica providência, dada a conhecida escassez de recursos públicos”. LUPION, Ricardo. *O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 317).

<sup>279</sup> LUPION, 2010, p. 315.

Daí, então, resultar a inquietante questão do tratamento diferenciado para aqueles que vai a juízo reclamar uma prestação positiva e individualizada do Estado: em que medida a prestação jurisdicional assecuratória de tratamento médico individual atende, na sua plenitude, ao direito fundamental à saúde consagrado no texto constitucional?

O autor não admite o critério da busca jurisdicional como solução aceitável<sup>280</sup>, eis que, para ele

Se o fornecimento de remédios pelo Estado decorre do direito fundamental à saúde, com atributo de universalidade, a prestação jurisdicional que assegura apenas a alguns o acesso a tratamento médico individual pode estar criando favorecimento daqueles que podem ir a juízo em detrimento daqueles que não podem.

Da exposição do exemplo do direito à saúde se conclui que a alocação dos recursos do erário faz imperar a necessária escolha entre os direitos a serem protegidos e outros a serem preteridos<sup>281</sup>.

---

<sup>280</sup> Ademais, Ricardo Lupion indica a falibilidade do modelo de provimento indiscriminado de demandas judiciais relativas à saúde, ao dizer que “o aumento indiscriminado dessas demandas resultará no isso da verba orçamentária prevista para atender uma política de padronização dos medicamentos para satisfação de uma coletividade, para a compra e fornecimento de determinado e especial medicamento para um cidadão que obteve provimento jurisdicional. Não é aceitável e compreensível que o atendimento do direito de saúde de um cidadão possa ser feito com o sacrifício de idêntico direito dos demais”. LUPION, 2010, p. 317-318.

<sup>281</sup> A questão da alocação de recursos é complexa ao ponto de pôr em xeque políticas aparentemente bem sucedidas, como é o caso da quebra de patente dos medicamentos, como expõem Gustavo Amaral e Danielle Melo: “mesmo a quebra de patentes, vista por alguns como panaceia, envolve questões mais complexas e esconde outro conflito alocativo. Marques (2005) afirma que em 2003 o total investido em pesquisa e desenvolvimento 36 bilhões de dólares (p.73) (sic). Essas pesquisas foram voltadas para o desenvolvimento de novos medicamentos *para quem pode pagar*. Afirmar Marques, no mesmo trecho, que segundo o Fórum Global da Saúde, somente 10% dos vultuosos recursos financeiros, privados e de governos, destinados à pesquisa em saúde como um todo, são dedicados às condições que respondem por 90% da carga global da

Cabe ainda fazer sucinta referência ao funcionamento das questões orçamentárias no Brasil.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) é instrumento de planejamento derivado do Plano Plurianual (PPA)<sup>282</sup> e “compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”<sup>283</sup>.

A partir das metas definidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), é elaborado o Projeto de Lei Orçamentária Anual (LOA)<sup>284</sup>, do qual deriva a Lei Orçamentária Anual, que prevê as receitas, autoriza as despesas públicas e explicita a política econômica e os programas de trabalho que o governo fica autorizado a utilizar.

A Lei Orçamentária Anual - LOA discriminará os recursos orçamentários e financeiros para o

doença e que apenas 0.2% são destinados a condições que correspondem a 18% no quadro da mortalidade mundial de todas as enfermidades.

Portanto, a eventual escolha pelo fornecimento via quebra de patentes não é um ‘almoço grátis’, não apenas porque mascara a ausência de escolhas orçamentárias na pesquisa de tratamentos para as chamadas *doenças negligenciadas*, mas também traz risco para a continuidade do ciclo de desenvolvimento tecnológico, expressão de aparência tecnocrática que significa, neste campo, o não investimento em novas pesquisas, a não descoberta de novos medicamentos e terapias e o não tratamento de pessoas que se poderia supor titulares do mesmo direito daquelas que levaram à quebra inicial do ciclo”. AMARAL; MELO, 2010, p. 94.

<sup>282</sup> O Plano Plurianual é instrumento normatizador do planejamento de médio prazo (compreende o período de quatro anos) através do qual se estabelece, “de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada” (CF, art. 165, §1º)

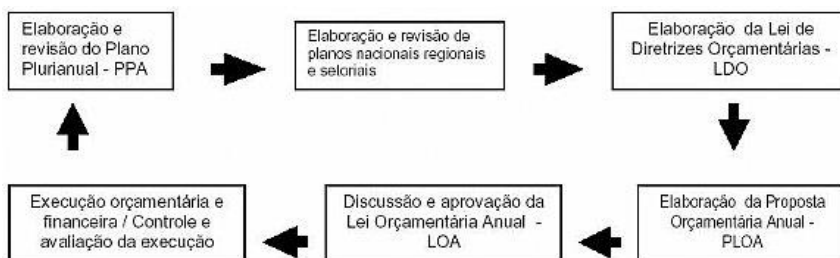
<sup>283</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível na Internet: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

<sup>284</sup> O Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA) é formalmente remetido à deliberação do Legislativo pelo chefe do Poder Executivo, apreciado pelo Parlamento segundo a sistemática definida pela Constituição Federal, possuindo a estrutura e nível de detalhamento definido pela Lei de Diretrizes Orçamentárias do exercício.

atingimento das metas e prioridades estabelecidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e compreenderá:

- a) o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público (art. 165, § 5º, inciso I, da CF/88);
- b) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto (art. 165, § 5º, inciso II, da CF/88); e
- c) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo poder público (art. 165, § 5º, inciso III, da CF/88)<sup>285</sup>.

O quadro abaixo<sup>286</sup> reproduzido sintetiza a forma com que se processa a questão orçamentária:



Para uma política pública destinada à promoção de direitos fundamentais ser executada, há necessário dispêndio de recursos públicos. Neste sentido, segundo o exposto, para que seja possível sua implementação, é necessário que essa política pública se coadune às metas insertas no Plano Plurianual, que conste da Lei de Diretrizes Orçamentárias e que esteja descrita na Lei Orçamentária Anual.

<sup>285</sup> Fonte: Portal do Orçamento Público <http://www.orcamento.org/>. Acesso em 10 de janeiro de 2011.

<sup>286</sup> <http://www.orcamento.org/>

Embora contenha o programa e as metas definidoras da atuação estatal, o orçamento não obriga a atuação estatal, por ser meramente autorizativo das despesas públicas ali previstas<sup>287</sup>. Por isso, faz-se necessário o maior acompanhamento e fiscalização do uso que faz o Executivo dos recursos alocados em políticas públicas, vez que facilmente esse montante pode ser contingenciado ou destinado à cobertura de finalidades diversas<sup>288</sup>. Todavia, isso não denigre a importância e o potencial de bom uso do orçamento público, como destaca Basile Christopoulos:

E o orçamento público surgirá como grande instrumento para efetivação desses direitos ditos fundamentais. Sabe-se, o orçamento surgirá inicialmente apenas como instrumento de controle

---

<sup>287</sup> “A justificativa para a adoção desse sistema seria a necessidade de conferir ao Poder Executivo flexibilidade na execução orçamentária, evitando que dotações pudessem vir a ser exigidas judicialmente”. MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 375.

<sup>288</sup> Eduardo Mendonça esclarece a possível destinação dos recursos contingenciados, dividindo-os em duas possibilidades: i) conversão dos recursos não utilizados em outras dotações, geralmente ao final do exercício financeiro. “Possivelmente para financiar o aumento em despesas de custeio ou mesmo para amortizar a dívida pública”; ii) utilização do saldo não empregado na composição do superávit primário. MENDONÇA, 2010, p. 377.

Criticando a utilização dos recursos na segunda possibilidade, comenta Christopoulos: “com relação à União, o modelo de Estado neoliberal, exigente de superávits primários cada vez maiores, faz com que o Executivo restrinja os recursos orçamentários com o intuito de atingi-los. Alguns projetos não receberam recurso algum no ano de 2003, entre eles o de expansão e melhoria do ensino médio, combate ao tráfico de entorpecentes, além de obras para a contenção de enchentes e pesquisas sobre prevenção da AIDS e outras doenças sexualmente transmissíveis. E mais, naquele mesmo ano mais da metade dos projetos aprovados pela lei orçamentária teria recebido menos da metade dos recursos previstos e mais de um terço não teria sido contemplada com qualquer verba”. CHRISTOPOULUS, Basile G.C. Orçamento e efetivação dos direitos sociais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.19, setembro, outubro, novembro, 2009. Disponível na Internet:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-BASILE-GEORGES.pdf>>. Acesso em 10 de janeiro de 2012).

do Poder Legislativo sobre o Executivo, mas passou a ganhar características de instrumento de política fiscal. Com essa transformação do orçamento, os governos passaram a transparecer na peça aquilo que tinham como metas econômicas, isto é, as características de cada governo passaram a ficar impressas no orçamento, tais quais impressões digitais. De forma que se podem observar quais são as prioridades de determinado governo observando as despesas que ele positiva no orçamento.<sup>289</sup>

A exemplo de outros autores de orientação econômica, Christopoulos se insurge contra a consideração do orçamento como questão menor ante os direitos fundamentais:

Por isso há uma contradição nesse discurso de que os orçamentos são interesses secundários do Estado, e que os direitos fundamentais devem ser implementados a todo custo. Isto é, como passar pelo discurso de efetivação e aplicação dos Direitos Sociais, sem questionar o uso da despesa pública que é o meio pelo qual o Estado se realiza? É necessária uma mudança de rumo para incluir a discussão orçamentária como principal meio para as finalidades da administração pública.<sup>290</sup>

Não obstante as já apresentadas dificuldades de sopesamento entre os direitos fundamentais e a limitação orçamentária, Gustavo Amaral e Danielle Melo indicam, ainda, a dificuldade advinda do julgamento de questões assim controvertidas por pessoas concretas, com emoções. O caso se agrava quando se trata da análise de casos relativos ao direito à saúde. *“Não se pode supor que seja neutro para o ser humano que proferirá a decisão saber que se sua decisão for de negar o tratamento, uma determinada pessoa, com nome, CPF e talvez rosto venha a sofrer e talvez morrer, ao passo que se a decisão for contrária, não serão visíveis efeitos tão dramáticos”*.<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup> CHRISTOPOULUS, 2009, p.5

<sup>290</sup> CHRISTOPOULUS, 2009, p.5

<sup>291</sup> AMARAL; MELO, 2010, p. 95.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito da oposição entre direito fundamental<sup>292</sup>, neste caso, o direito à vida, e a limitação financeira do Estado, conforme atesta a manifestação do Ministro Celso de Mello:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado este dilema – que as razões de índole ética-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. (Agravos regimentais no RE 393.175-0).<sup>293</sup>

<sup>292</sup> Em outra oportunidade, o STF, através do Ministro Eros Grau, afirmou que a moléstia grave que acometia um credor público torna a situação excepcional, fazendo não valer a regra dos precatórios. Agravo Regimental na Reclamação n. 3034. STF-Pleno. Agte: Estado da Paraíba. Agdo. Pres. do Trib. de Justiça da Paraíba. Decisão unânime. Brasília, 21 set.2006.

<sup>293</sup> “PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave



A posição externada pelo Ministro foi alvo de críticas por parte da doutrina. Para Daniel Wei Liang Wang,

Também causa alguma estranheza dizer que o interesse financeiro é um ‘interesse secundário do Estado’. Se os direitos sociais, para serem efetivados, precisam de recursos estatais, então a questão financeira está intrinsecamente ligada ao direito à saúde. É uma dicotomia falsa, pois o direito à saúde e questões financeiras não são

---

comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes”. RE 393175 AgR. STF-2ª Turma. Agte: Estado do Rio Grande do Sul. Agdos. Luiz Marcelo Dias e outros. Brasília, 12 dez., 2006.

conflitantes e nem excludentes, mas aquela depende desta.<sup>294</sup>

Em relação a outros direitos, como o direito à educação, o autor<sup>295</sup> informa que

No que tange a pedido acesso à creches (sic), escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível são raramente levados em consideração. E nos poucos votos em que estas questões são trazidas para o debate, são logo descartados como argumentos que poderiam ser relevantes para as decisões, o que mostra que escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível não são problema para o Supremo Tribunal Federal nestas decisões, que, nestes casos, julga conforme o brocardo latino *fiat justitia e perat mundus*.<sup>296</sup>

Outra razão comumente suscitada é a invocação da teoria da “reserva do possível”, que serve de argumento complementar à limitação orçamentária.

#### 4.2.3.2 A “reserva do possível”

Neste tópico, não se pretende discutir a judicialização das demandas, tampouco a existência (ou não) de conflito de competências na atuação jurisdicional pela concretização dos direitos fundamentais. Não há espaço para tanto e sequer este é o enfoque do presente trabalho.

---

<sup>294</sup> WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Tamm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 355.

<sup>295</sup> Daniel Wei Liang Wang informa ainda que “é interessante notar que a escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível ganham importância especial em matéria de direito à saúde e à educação em julgamento de controle abstrato de constitucionalidade, sendo, muitas vezes, elementos preponderantes na decisão. Uma hipótese para explicar esta diferença de tratamento pode ser o fato de que em controle abstrato de constitucionalidade há efeito *erga omnes*, o que faz com que os custos dos direitos, a reserva do possível e a escassez de recursos apareçam de forma mais patente do que em casos envolvendo apenas indivíduos ou pequenos grupos”. WANG, 2010, p. 369.

<sup>296</sup> WANG, 2010, p. 369.

Todavia, sabe-se que uma discussão profunda sobre o tema da reserva do possível passa pela análise desses conceitos.

Por ora, intenta-se apresentar a reserva do possível como argumento usualmente levantado por doutrinadores afetos ao problema da limitação econômico/financeira da efetivação dos direitos fundamentais.

A “reserva do possível” é conceito derivado da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão<sup>297</sup>. O caso pode ser assim resumido:

[...] duas universidades alemãs estabeleceram restrições ao acesso direto de alunos ao curso de “medicina humana” (medicina e odontologia), nos anos de 1969 e 1970. a Universidade de Hamburgo estabeleceu que as vagas disponíveis para candidatos alemães deveriam ser distribuídas na proporção de 60% segundo o curriculum do candidato, e 40% segundo o ano de nascimento, sendo possível haver a reserva de vagas para situações excepcionais, porém não limitou o número de vagas total. Já a Universidade da Bavária – ponto central do tema – estabeleceu limitação de vagas para algumas áreas do conhecimento, se isso fosse estritamente necessário à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações dos campi daquela Universidade. Foi contra essas normas que se pronunciou o Tribunal Constitucional alemão, em controle concentrado, apresentado pelos Tribunais Administrativos daqueles dois Estados-membros da Alemanha.

O Tribunal Constitucional alemão entende que a limitação de vagas estabelecida pela Universidade da Bavária não era adequada por “seu efeito extremamente incisivo, pois ele faz com que um número maior ou menor dos candidatos tenha que adiar o início do curso desejado por um período mais ou menos longo. (...) Candidatos socialmente mais carentes não têm as mesmas possibilidades, como os mais abastados, de passar por períodos mais longos de espera ou de tentar a realização de um curso no exterior”. Tal limitação, contudo,

---

<sup>297</sup> BVERFGE 33, 303, de 18.07.1972

“passa pelo fato de que a capacidade disponível não é suficiente para alocar todos devidamente qualificados ao ensino superior”. Desta forma, ao decidir pela inconstitucionalidade da limitação de vagas imposta pela Universidade da Baviera, o Tribunal Constitucional alemão entendeu que existe uma limitação fática, condicionada pela “reserva do possível, no sentido do que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha, pelo legislador, em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando as exigências da harmonização econômica geral.”<sup>298</sup>

A partir do problema da concessão de vaga em universidade alemã, aquele tribunal deu origem à mensuração da efetivação dos direitos fundamentais, que se passou a entender passível de averiguação de sua possibilidade em face do direito dos co-cidadãos. Ou seja, o tribunal alemão acabou por limitar a proteção a um direito fundamental constitucionalmente fundamentado em razão da existência de limitações fáticas ao atendimento de todas as demandas de acesso àquele direito. Desta forma, evita-se criar discrepância que a outorga desse direito configuraria entre a situação do indivíduo pleiteante e os demais.

Assim, passou-se a considerar que o Estado poderia se limitar a efetivar o que se demonstrasse possível, sem que se ultrapassasse a delimitação que criasse distorções perante os outros cidadãos.

A teoria da “reserva do possível”<sup>299</sup> parte do pressuposto de que todos os direitos têm custos<sup>300</sup>, sejam eles direitos prestacionais (direitos

---

<sup>298</sup> SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 151.

<sup>299</sup> A reserva do possível é também alvo de críticas, como aquelas expressas por Vicente de Paulo Barreto, para quem há três falácias políticas que sustentam esse conceito: i) “os direitos sociais são direitos de segunda ordem”; ii) “os direitos sociais decorrem de uma economia forte”, e iii) “o custo é inerente a todos os direitos” o que, para ele, seria negar a essência do Estado Democrático de Direito. BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de*

positivos) ou até direitos de liberdade (direitos negativos)<sup>301</sup>. Embora haja consenso quanto ao custo dos direitos sociais, no tocante aos direitos de liberdade a controvérsia pode ser explicada por José Reinaldo de Lima Lopes:

---

Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117-121.

<sup>300</sup> Ver mais em HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York-London: W.W. Norton & Company, 1999 e GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos (direitos não nascem em árvores). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

<sup>301</sup> Já Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo comentam, sobre o mesmo tópico: “por outro lado, se a regra da relevância econômica dos direitos sociais prestacionais pode ser aceita sem maiores reservas, há que questionar, todavia, se efetivamente todos os direitos dessa natureza apresentam dimensão econômica, havendo, neste contexto, quem sustente a existência de exceções, apontando para direitos sociais a prestações economicamente neutros (não implicam a alocação de recursos para sua implementação), no sentido de que há prestações materiais condicionadas ao pagamento de taxas e tarifas públicas, além de outras que se restringem ao acesso aos recursos já disponíveis. É preciso observar, contudo, que, mesmo nas situações apontadas, ressalta uma repercussão econômica ao menos indireta, uma vez que até o já disponível resultou da alocação e aplicação de recursos, sejam materiais, humanos ou financeiros em geral, oriundos, em regra, da receita tributária e outras formas de arrecadação do Estado. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 28

Ana Carolina Lopes Olsen comenta que o custo dos direitos refuta o argumento neoliberal de que esse custo seria inerente aos direitos sociais: “nestas condições, a teoria desenvolvida por defensores da doutrina neoliberal no sentido de que as liberdades custariam nada ou muito pouco aos cofres públicos, enquanto direitos sociais seriam extremamente dispendiosos, se desnuda de sua cientificidade para revelar seu real caráter ideológico. A própria noção de “Estado mínimo” resta comprometida, já que as liberdades defendidas pelos neoliberais só têm sentido se forem protegidas por órgãos eficazes – no caso, pelo Estado, que é o único com poder e legitimidade social para fazê-lo. Mesmo no caso em que o destinatário da norma é o próprio Estado, seja nos casos em que deve se omitir seja nos casos em que deve agir, são necessários órgãos capazes de fazer cumprir estas normas”. OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006, p. 207.

A liberdade exige, para ser gozada universalmente por todos, um aparelho ou uma autoridade mantida com recursos de todos. A manutenção da autoridade é um custo social e um custo distribuído segundo critérios definidos nos grandes arranjos políticos e tributários de qualquer sociedade. Quem precisa da defesa de seus direitos de liberdade ou mesmo de seus direitos patrimoniais tradicionais, gasta recursos públicos que serviram ao pagamento e manutenção da infraestrutura estatal.<sup>302</sup>

Paulo Caliendo divide a reserva do possível em duas categorias: (i) de ordem fática (falta de recursos); e (ii) de ordem jurídica (orçamentária). Diz ele: “*A ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social, pouco restando para questionamento. Cabe esclarecer que esta insuficiência de recursos deve ser provada e não apenas alegada, sob pena de responsabilidade do administrador*”<sup>303</sup>.

A demanda pela efetivação dos direitos faz restar a cargo do Estado a obrigação de fazer frente aos dispêndios financeiros. O resultado é a demanda excessiva cobrada do Estado, criticada por José Reinaldo de Lima Lopes em razão da forma como ocorre no Brasil.

O Estado, no constitucionalismo democrata-social (de compromisso, como aliás todo o constitucionalismo duradouro), foi sobrecarregado como um outro a quem todos os interesses existentes na sociedade civil poderiam recorrer para obter sua parte: renúncia fiscal para satisfazer os detentores do capital, prestações sociais para apaziguar trabalhadores e pobres, e serviços públicos em geral para manter tudo em

---

<sup>302</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da “reserva do possível”*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 157.

<sup>303</sup> CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 180.

funcionamento. Esse constitucionalismo aplicado a sociedade pouco integradas e altamente desiguais, em que os caronas (*free riders*) proliferam, deu resultados pouco animadores. Creio ser esse o caso do Brasil e daí advêm certas consequências. No Brasil, fala-se sempre do Estado ou governo como um outro, de tal modo que tudo dele deve provir. As ruas estão sujas pela maneira como os particulares as tratam? A solução é pedir que o Estado crie um programa qualquer para resolver o problema. Os motoristas não respeitam a sinalização e as regras de trânsito, provocando acidentes ou engarrafamentos? A solução é sempre um programa estatal qualquer, mas não a responsabilização de quem quer que seja. Em resumo, como diz Nino (1992), forma-se uma anomia tola, de modo que o discurso é sempre de transferência para o Estado de uma obrigação que seria de qualquer um ou de todos. Processo semelhante dá-se com outras necessidades. Quando as necessidades são financeiras, parecem também fácil debitar ao Estado uma conta que jamais fechará e não se fala mais nisso. Como o Estado presume-se imortal e não sujeito à falência, penduram-se contas sem fim. E, sobretudo, contas que nem sempre correspondem aos propósitos constitucionalmente definidos de justiça social. Isso tudo alimenta a idéia de que é impossível cumprir as generosas promessas da Constituição de 1988.<sup>304</sup>

Daniel Wei Liang Wang, ao analisar a jurisprudência do STF, verificou que a Corte demonstra maior preocupação com questões relativas à escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível quando julga questões que tratam da intervenção federal pelo não pagamento de precatórios do que quando aborda o direito à saúde e à educação<sup>305</sup>. O autor critica a lógica adotada pelo STF, uma vez que

---

<sup>304</sup> LOPES, 2010, p. 157-158.

<sup>305</sup> “Existe também uma maior preocupação por parte da maioria dos ministros de se conhecer a situação concreta das finanças públicas dos Estados contra o qual se pede a requisição de intervenção federal para demonstrar a impossibilidade material de se cumprir a totalidade dos precatórios sem prejuízo de outros deveres do poder público, além de uma análise sobre as medidas que

considera inquietante a admissão de custo dos direitos em alguns casos e a omissão quanto a outros, ainda que se trate de precatórios alimentares.

O tal “custo dos direitos”, elementar à noção de *reserva do possível*, foi desenvolvido por Stephen Holmes e Cass Sustein na obra *The Cost of Rights: Why Liberty depends on Taxes*<sup>306</sup>.

Ana Carolina Lopes Olsen sintetiza a idéia trazida pelos autores:

Segundo esta ótica, diante da escassez dos recursos necessários a tornar os direitos efetivos, eles perdem o significado, não passam de promessas feitas no papel. Como, segundo os autores, “nada que custe dinheiro pode ser absoluto”, os direitos fundamentais por certo também não seriam absolutos, mas viveriam na dependência dos recursos econômicos do Estado. Os autores americanos, neste diapasão, sugerem um novo conceito de direito subjetivo, no qual a dimensão do custo esteja inserida. Como bem observou Flávio Galdino, em leitura da obra de Sunstein e Holmes, “na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita”.

Neste sentido, os autores partem da premissa de que os bens são escassos: eles não permitem que todos os direitos sejam realizados uniformemente para todos os cidadãos. Logo, realizar direitos implica necessariamente realizar escolhas de alocação de recursos, de modo que alguns direitos serão atendidos, enquanto outros não.<sup>307</sup>

Em razão de sua similaridade, pode-se utilizar dos argumentos de Holmes e Sustein para sintetizar o principal argumento em favor da teoria da *reserva do possível*:

---

já estão sendo tomadas para se resolver a omissão estatal”. WANG, 2010, p. 349-371)

<sup>306</sup> HOLMES; SUSTEIN, 1999.

<sup>307</sup> OLSEN, , 2006, p. 196.



É neste aspecto que se verifica a influência da dimensão econômica sobre a teoria jurídica, e especialmente, sobre a teoria dos direitos fundamentais. Não só a influência, mas, em verdade, a prevalência, na medida em que segundo as idéias até aqui apresentadas, não existem direitos se não houver meios (econômicos) para torná-los efetivos. A questão da escassez de recursos deixa de ser um elemento externo dos direitos, que pode comprometer sua eficácia, para ser considerada como elemento intrínseco. A questão econômica foi trazida para o próprio âmago da existência dos direitos – sem recursos, eles deixam de existir.<sup>308</sup> (grifo nosso)

Por todo o exposto, verifica-se que, segundo os adeptos do argumento da reserva do possível, a verificação das condições econômicas é intrínseca à concretização dos direitos fundamentais, sejam eles direitos de liberdade ou sociais. Sem essa consideração, estar-se-ia a formular direitos vazios, cuja eficácia se limitaria a uma mera folha de papel.

#### 4.3 AS CRÍTICAS DA DOUTRINA À UTILIZAÇÃO DE CONCEITOS ECONÔMICOS

Várias são as críticas dirigidas à utilização de conceitos e da lógica econômica ao Direito, especialmente quando baseada nos prelados da Análise Econômica do Direito.

Neste tópico, serão apresentadas duas críticas específicas: aquela descrita por Alexandre Morais da Rosa na obra “Diálogos com a *Law and Economics*”<sup>309</sup>, e a resposta de Ronald Dworkin à teoria de Richard Posner, no artigo intitulado “*Is Wealth a Value?*”<sup>310</sup>.

---

<sup>308</sup> OLSEN, 2006, p. 196.

<sup>309</sup> ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>310</sup> DWORKIN, Ronald M. *Is Wealth a Value?* The Journal of Legal Studies, vol.9, n. 2. p.191-226. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/724129>>. Acesso em 12 de janeiro de 2012.

Alexandre Morais da Rosa busca compreender as bases fundadoras do discurso do *Law and Economics*<sup>311</sup>. Desta forma, atribui ao discurso neoliberal a seguinte conclusão:

A plena satisfação das promessas Constitucionais, ou seja, dos Direitos Fundamentais, parece impossível num mundo de escassez. Esta constatação apropriada pelo discurso neoliberal significa a renúncia à concretização do Estado de “Bem Estar Social” herdado das lutas democráticas da segunda metade do século passado. Assim, considerando que certos direitos sempre serão insatisfeitos, devem ser otimizadas as ações para satisfação dos direitos mais fundamentais ao discurso neoliberal: propriedade privada e liberdade de contratar. Nesta lógica, o neoliberalismo coloca a “liberdade” e a “propriedade” como dogmas, os quais, mediante as valiosas trocas que o mercado pode fomentar, seriam os únicos elementos capazes de se justificar uma Teoria da Justiça.<sup>312</sup>

O autor critica o discurso da Análise Econômica do Direito (ao qual se refere como *Law and Economics*), inicialmente, tendo como base incomensurabilidade entre os campos do Direito e da Economia.

E a primeira barreira é materializada pela matemática e o desconhecimento dos fundamentos econômicos latentes. O segundo obstáculo pode ser indicado pela tradução do “bem estar econômico” como um dogma a ser acolhido pelo Direito. A terceira restrição pode se dar pelo caráter heterodoxo de sua imposição, ou seja, sedutoramente, sem capacidade de reação ao “discurso único”.<sup>313</sup>

A lógica econômica acaba por suplantiar as conquistas sociais, especialmente quando os direitos fundamentais dão lugar aos “direitos

---

<sup>311</sup> Ou Análise Econômica do Direito. Aqui ambas as expressões serão usadas como sinônimos.

<sup>312</sup> ROSA; LINHARES, 2011, p. 68-69.

<sup>313</sup> ROSA; LINHARES, 2011, p. 89.

fundamentais de mercado”, quais sejam a propriedade e a liberdade de contratar<sup>314</sup>.

Ato seguinte, Alexandre Morais da Rosa questiona o “encurtamento da subjetividade ou o homem sem gravidade”<sup>315</sup>. Critica a préconcepção adotada pela AED de que o homem comporta-se racionalmente a fim de buscar a maximização de sua satisfação pessoal, tal qual “homo economicus”<sup>316</sup>.

Em termos gerais, aponta que cabe ao Judiciário a garantia das normas programáticas descritas numa constituição eminentemente social como o é a Constituição Federal de 1988<sup>317</sup>.

Em busca de retirar a máscara que encobriria as boas intenções aparentes da AED, Alexandre Morais da Rosa indica que o fundamento da “maximização da riqueza” traduziria o escopo neoliberal de obstaculizar a efetivação do Estado Democrático de Direito<sup>318</sup>.

---

<sup>314</sup> O autor alerta para os perigos potenciais da adoção dos preceitos da AED, que implicam o abandono de toda a racionalidade hermenêutica do Direito: “a AED, todavia, não pode ser reduzida a um método de interpretação eficiente. Ela é muito mais. Representa uma ruptura no modelo hermenêutico ocidental, tencionando encontrar-se num universo filosoficamente pragmático. Esta mudança da matriz filosófica é o meio pelo qual a lógica causa-efeito é desconsiderada, passando-se a usar o padrão da eficiência”. ROSA, LINHARES, 2011, p. 108.

<sup>315</sup> ROSA; LINHARES, 2011, p. 93.

<sup>316</sup> O ataque à racionalidade que a AED atribui ao homem é baseada em seu caráter alegadamente imaginário e fundada em três motivos: “a) acreditar dogmática e ingenuamente no sujeito pleno consciente, desprovido de inconsciente, cujos efeitos se verão ver; b) rejeitar como dada, natural, uma ordem preestabelecida na fé da mão invisível e do mercado como a fonte de toda a Justiça possível; c) relegitimar a opressão em nome da “liberdade” alçada como fundamento maior de todo o sujeito, desconsiderando a manipulação ideológica própria do modelo neoliberal”. ROSA; LINHARES, 2011, p. 94.

<sup>317</sup> “A atuação do Executivo difere do (que deveria acontecer no) Judiciário, pois se dá por agendas econômicas e, não raro, os juízes são taxados de insensíveis ao contexto econômico ao não aplicarem a razão instrumental em suas decisões, como aponta a *Law and Economics*, ou seja, de inverterem o critério, partindo dos Direitos Fundamentais que, em tempos neoliberais, configura ‘crime hediondo’. Todos esses fatores articulados culminam em demandas formuladas perante o Poder Judiciário e, por via de consequência, à judicialização da política”. ROSA; LINHARES, 2011, p. 110.

<sup>318</sup> ROSA; LINHARES, 2011, p. 121-144

Ronald Dworkin abre seu artigo francamente rejeitando a teoria da Análise Econômica do Direito<sup>319</sup>.

Para ele, faz-se a interpretação errônea do que consistiria o fundamento da Teoria do Direito na visão da AED. A chamada “maximização da riqueza” tem sido compreendida pelos críticos da visão econômica do Direito como sinônimo da eficiência de Pareto. Ao comentar esse critério de eficiência, Dworkin indica sua inaplicabilidade ao exercício da jurisdição. Isso porque nenhuma situação poderia ser decidida pelo juiz, num dado caso concreto, segundo o critério de Pareto, sem que já se tivesse tido uma decisão anterior que expusesse ambos os litigantes a situações de melhor ou pior posições.

Suppose no court has decided, for example, whether a candy manufacturer is liable to a doctor if the manufacturer's machine makes it more difficult to practice medicine in an adjacent building.<sup>2</sup> The doctor does not have a recognized legal right to damages or an injunction, but neither does the manufacturer have a recognized right to run his machine without paying such damages. The doctor sues the candymaker, and the court must decide which of these two rights to recognize. Neither decision will be Pareto-superior to the situation before the decision, for either decision will improve the position of one party at the expense of the other. Both decisions will reach a Pareto-efficient result, for no further change in the legal position would benefit one without hurting the other. So the requirement, that the court should decide in favor of a Pareto-superior rule, if one is available, would be useless in such a case.<sup>320</sup>

<sup>319</sup> “In this essay I consider and reject a political theory about law often called the economic analysis of law”. DWORKIN, 1980, p.191.

<sup>320</sup> “Suponha que nenhum tribunal tenha decidido, por exemplo, se um fabricante de doces é passível de exigência de um médico se a máquina do fabricante torna mais difícil de praticar a medicina em um edifício ao lado O médico não tem um direito legalmente reconhecido aos danos ou a uma liminar, mas tampouco o fabricante tem um direito reconhecido para executar sua máquina sem pagar tais danos. O médico processa o confeitiro, e o tribunal deve decidir qual destes dois direitos deve reconhecer. Nem a decisão será Pareto superior à situação antes da decisão, para qualquer decisão irá melhorar a posição de uma parte em detrimento da outra. Ambas as decisões alcançarão um

Em razão disso, Dworkin mantém a posição de que a maximização da riqueza é o fundamento tanto da descrição normativa quanto positiva da Análise Econômica do Direito. Mas compreende-a como a maximização da riqueza *social*, que a difere do conceito econômico de eficiência (Pareto).

Porém, Dworkin questiona as razões por que a maximização da riqueza é tida como um objetivo válido para a sociedade<sup>321</sup>. Ele elenca três possíveis respostas:

(i) a riqueza social pode ser entendida como um componente de valor social – esta afirmação pode ser dividida em duas versões: a) a versão imodesta sustenta que a riqueza social é o único parâmetro pelo qual uma sociedade pode ser considerada melhor que outra; b) a versão modesta diz que a riqueza social é um dos componentes, dentre outros, do valor social;

(ii) a riqueza social pode ser compreendida como um instrumento de valor que pode produzir outras melhorias igualmente válidas – novamente, há versões para essa afirmativa: a) o argumento comum indica que a melhoria de riqueza acaba por melhorar a posição da camada mais pobre da sociedade, ao aliviar a pobreza através de um processo de “mão invisível”; b) um segundo argumento diz que a melhoria da riqueza da sociedade é um dos ingredientes do valor social, porque embora ela não cause outras melhorias de modo automático, acaba por fornecer meios para ocorrência dessas melhorias (como a redução da pobreza); c) um terceiro argumento é que a riqueza social não é nem a causa nem um ingrediente do valor social, mas um substituto deles. Ou seja, se uma sociedade objetivar aumentar a felicidade geral de seus membros, vai falhar, ao contrário de se, ao invés disso, almejar aumentar a riqueza social. A riqueza social corresponderia à segunda melhor opção, válida não por si só, nem porque traria outras melhorias, mas porque haveria uma correlação

---

resultado Pareto-eficiente, eis que nenhuma mudança adicional na posição legal beneficiaria um sem ferir o outro. Assim, o requisito, que o tribunal deverá decidir em favor de uma regra de Pareto-superior, se estiver disponível, seria inútil neste caso”. DWORKIN, 1980, p.193.

<sup>321</sup> “Who would think that a society that has more wealth, as defined, is either better or better off than a society that has less, except someone who made the mistake of personifying society, and therefore thought that a society is better off with more wealth in just the way any individual is? Why should anyone who has not made this mistake think social wealth maximization a worthy goal?”. DWORKIN, 1980, p.194.

suficientemente alta entre a melhoria da riqueza social e outras melhorias para fazer desse “objetivo falso” um bom objetivo.

A resposta obtida pelo autor é essa: a riqueza da sociedade é, em si, um componente de valor. Por isso, a questão passa a ser se essa mudança seria uma melhoria de valor, ou seja, é uma questão de filosofia moral, em seu sentido mais amplo, e não se a análise econômica funciona na prática.

Dworkin se utiliza de exemplos figurativos para demonstrar que, dissociado do utilitarismo, a Análise Econômica perde seu sentido. Diz isso em razão da refuta expressada por Posner em relação ao utilitarismo, quando busca argumentar que a análise econômica é uma teoria moral válida, ao contrário do utilitarismo<sup>322</sup>.

Assim, o autor rejeita ambas as versões modesta e imodesta retrocitadas, sob o argumento de que o ganho de riqueza pode ser suplantado por perdas em utilidade, justiça ou outro valor. O ganho social de riqueza, por si só, e dissociado de seus custos e de outras más consequências, não traz ganho algum.

Neste sentido, Dworkin traz diversas ressalvas quanto à possibilidade de *trade off* entre justiça e riqueza.

Calabresi and others contemplate actual political choices—they suppose that the economic analysis of law is useful because it shows how much wealth is lost if some other value is chosen. But in that case we cannot understand the axis of wealth or efficiency, in the indifference curves as generally offered, as a surrogate for judgments about antecedent individual welfare under conditions of uncertainty. We must understand the axis as representing judgments about individual welfare, to be traded off against justice, as things

---

<sup>322</sup> A fim de demonstrar que a riqueza social não tem valor em si, eis que só faz sentido quando está associada a outro bem, Dworkin elucida sua crítica com um exemplo figurativo: Derek, um homem pobre e muito doente, tem como um de seus poucos confortos a leitura de um determinado livro. Contudo, está disposto a vendê-lo por \$2 para poder comprar medicamento. De outro lado, Amartya, pessoa rica e satisfeita, está disposta a pagar \$3 pelo livro de Derek. Para ele, os \$3 não farão diferença em seu orçamento pessoal e o livro não tem nenhum valor especial. Assim, se algum tirano forçar a realização dessa transação, a utilidade social diminuirá muito, muito embora ocorra o aumento da riqueza social. A riqueza social, quando separada da utilidade, perde a plausibilidade como componente do valor social DWORKIN, 1980, p.197.

actually stand. No particular individual will, then, be concerned about social wealth (or, indeed, about Pareto efficiency). It makes no sense for him to trade off anything, let alone justice, for that. He will be concerned with his individual fate, and since, by hypothesis, he now knows his actual position, he can choose amongst societies by trading off justice against increases in his individual welfare in these different societies. Social wealth (or Pareto efficiency) simply plays no role in these calculations.<sup>323</sup>

Ataca a racionalidade econômica dos homens, como propõe a Análise Econômica do Direito, e também indica que outras suposições da corrente estariam equivocadas, ou ao menos destituídas de qualquer indicativo, como aquela que relaciona a maximização da riqueza social à melhor distribuição de renda<sup>324</sup>.

Ademais, Dworkin traz à tona o que entende por falta de coerência da filosofia política de Posner, eis que acredita que o mesmo faz uso de sua teoria pragmática para encobrir uma teoria carente de fundamentos teórico-morais<sup>325</sup>.

---

<sup>323</sup> “Calabresi e outros analisam escolhas políticas reais – eles supõem que a análise econômica do direito é útil porque mostra o quanto a riqueza é perdida se algum outro valor é escolhido. Mas, nesse caso, não podemos compreender o eixo da riqueza ou da eficiência nas curvas de indiferença como geralmente oferecidos, como um substituto para julgamentos sobre bem-estar antecedente individual sob condições de incerteza. Devemos entender o eixo como representando julgamentos sobre bem-estar individual, a ser confrontado contra a justiça, como as coisas realmente estão. Nenhum indivíduo em particular irá, então, se preocupar com a riqueza social (ou, na verdade, sobre a eficiência de Pareto). Não faz nenhum sentido para ele trocar qualquer coisa, muito menos justiça, por isso. Ele vai se preocupar com seu destino individual, e uma vez que, por hipótese, ele agora sabe que sua posição atual, ele pode escolher entre as sociedades trocando justiça pelo aumento em seu bem-estar individual nessas sociedades diferentes. Riqueza social (ou eficiência de Pareto) simplesmente não desempenha nenhum papel nesses cálculos”. DWORKIN, 1980, p.203.

<sup>324</sup> Dworkin afirma que Posner aproxima o comportamento social proposto pela AED (de indivíduos maximizadores de seu bem-estar) à cultura protestante e, neste sentido, estabelece uma correlação entre o aumento da riqueza pessoal ao acréscimo nos atos beneméritos dos indivíduos.

<sup>325</sup> “At least for Posner, therefore, we cannot find any suitable independent conception of justice in the literature of political philosophy. He makes a wide claim for wealth maximization, but he has rejected all the conceptions that do

Interessa apontar que Bruno Meyerhof Salama<sup>326</sup> acredita que Richard Posner tenha abandonado a maximização da riqueza como fundamento do Direito, conforme abordado em capítulo anterior, graças à avalanche de críticas que recebeu<sup>327</sup>. Em especial, às mencionadas críticas feitas por Ronald Dworkin no artigo apresentado.

Embora Posner não tenha deixado claro quais críticas tenham sido mais fundamentais na sua mudança de posição, um artigo publicado recentemente oferece boas pistas. Rememorando o período da sua mudança de sua posição, Posner publicou um tributo a Ronald Dworkin – com quem Posner mantém, até hoje, variadas divergências teóricas. Neste tributo, Posner diz o seguinte: “um artigo que [Dworkin] escreveu há muitos anos, criticando de maneira enérgica minha posição sobre a maximização de riqueza, apesar de exagerar em seu argumento, foi convincente e me fez alterar alguns dos meus pontos de vista, o que evidentemente fiz com má vontade e com um certo atraso. Estou grato [a Dworkin] pelas críticas”.<sup>328</sup>

---

not make that wide claim either plainly false or trivial. What about pluralistic conceptions of justice? I mean theories that disclaim any single value, like utility or equality or merit, as making up all of justice in distribution, but instead argue that a truly just distribution will achieve a sensible mix of several of these values. The just distribution, on a pluralistic conception, will be one in which the average level of welfare is reasonably high, in which there is not too much inequality, and in which what people have is at least roughly related to how hard they have worked or how much they have produced. It may not be possible to specify the exact mix of the different components of the just society. But someone may claim to know it when he sees it. Is it sensible to say that wealth maximization is instrumentally related, in the strong sense, to some such pluralistic conception of justice?”. DWORKIN, 1980, p.214.

<sup>326</sup> SALAMA, 2008A, p. 9-10.

<sup>327</sup> A teoria normativa (da maximização da riqueza) tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza. Em sua maior parte, os que contribuem para o debate sobre ela concluem que se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta. POSNER, 2007B, p.503.

<sup>328</sup> Idem, ibidem.



As críticas apresentadas ilustram, com base na exposição de dois renomados autores, a vasta produção acadêmica que ataca os fundamentos da Análise Econômica do Direito. Buscou-se diversificar a apresentação das oposições, ao trazer um autor nacional, e outro estadunidense, a fim de demonstrar a oposição à teoria em solo pátrio e de evidenciar a inexistência de unanimidade em relação à visão econômica do Direito em sua terra natal.

#### 4.4 APLICABILIDADE DA METODOLOGIA PROPOSTA PELA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.

A questão final proposta por meio deste estudo diz respeito à verificação da aplicabilidade da racionalidade econômica, consubstanciada nos postulados da AED, por meio do postulado constitucional da eficiência, à Administração Pública.

Segundo os argumentos apresentados, a Análise Econômica do Direito foi analisada de acordo com os ideais defendidos por seu principal expoente, Richard Posner. Assim, partiu-se da concepção de que a eficiência, valor fundamental àquela ideologia, mantém estreita vinculação com a finalidade precípua do Direito: a maximização da riqueza social.

Dessa sorte, a eficiência, tanto se considerada por meio de Kaldor-Hicks quanto de Pareto, volta-se a buscar aproximar os custos de transação a zero e, assim, assegurar o ganho econômico da operação à sociedade.

Ainda que em sua versão pragmática do Direito, Richard Posner propõe a compreensão do Direito a partir de uma ótica consequencialista, que abandonará discussões de valores morais a fim de alcançar o objetivo central de maximização da riqueza. As questões morais permeiam, mas não fazem parte do fulcro da análise dos direitos colocados à discussão. A maximização da riqueza eventualmente redundará na efetivação de valores morais (ou de direitos fundamentais), caso este seja o quociente da análise econômica da questão.

Por outro lado, o caráter social da Constituição Federal torna inescapável a verificação da possibilidade de aplicação da eficiência econômica ante a previsão dos direitos fundamentais. Isso porque é através das previsões garantidoras dos direitos fundamentais que a Constituição centra seus fundamentos e traduz sua principal característica.

A realização dos direitos fundamentais e dos objetivos sociais, na forma como insertos da Constituição Federal, passa pela busca dos meios mais adequados à consecução dos melhores resultados, o que pode ser traduzido como o almejo da eficiência.

Essa necessidade possui estreita ligação com a atuação estatal, não somente pela previsão da eficiência no rol do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, como também por se considerar a tão suscitada escassez de recursos. Aqui, a escassez serve não à supressão de direitos fundamentais e consequente inconstitucionalidade dos atos, porém à procura por instrumentos através dos quais o Estado cumpra os deveres a que constitucionalmente se obrigou.

Para tal intento, poderia o Estado fazer uso dos novos instrumentos de gestão pública retrocitados (agência reguladoras, fomento à atuação do terceiro setor e parcerias público-privadas). Esses meios conferem ao administrador público a discricionariedade de optar por essas alternativas como instrumentos de alcance dos objetivos constitucionais.

Não se busca negar que ao Estado carecem recursos para atender ao sem-número de demandas, especialmente sociais. A carência é existente, presente e indissociável da natureza administrativa, em especial no caso de país como o Brasil, onde as demandas são enormemente numerosas e não detêm possibilidade de serem todas abrangidas pelo Estado.

Além do contexto social, que implica a enorme demanda de atuação social a fim de ao menos minorar os déficits sociais, o constituinte de 1988 (e o constituinte derivado), conforme apresentado no texto, outorgou ao Estado enormes deveres. Coube ao Estado a responsabilidade pelo alcance dos valores sociais e pela promoção dos direitos fundamentais.

Se houve discrepância entre o volume de deveres atribuídos ao Estado e os instrumentos para os seus cumprimentos, não cabe por ora se discutir. Tampouco seria esse o espaço apropriado, ou o tempo certo para tanto. Se o legítimo e válido processo de elaboração constituinte resultou num texto que, embora detenha previsões de atuação interventiva e fomentadora por parte do Estado, carrega como principal valor o apreço aos direitos fundamentais, cabe aos administradores públicos darem cumprimento aos valores e às determinações insertas na Constituição.

Importa destacar que a Constituição Federal brasileira, ao contrário da estadunidense, previu ampla gama de direitos sociais<sup>329</sup>. A

---

<sup>329</sup> Sobre este tópico, Malla Pollack alerta para o alto custo de não se ter direitos positivos. A autora indica que à falta de direitos individuais positivados, proliferam-se casos de ofensa a direitos individuais em razão da ampla liberdade contratual e não proteção desses direitos. E explica “a falta de direitos positivos nos Estados Unidos está ligada historicamente à escravidão. Pela doutrina da ‘ação do estado’, direitos listados na Constituição dos Estados Unidos são meros acordos pelos quais o governo mesmo não irá impedir os indivíduos de certas ações, não garante que o indivíduo será capaz de faz qualquer uso no mundo real de tais direitos; a doutrina foi anunciada pela primeira vez de forma clara numa decisão da Suprema Corte estripando a tentativa pós-Guerra Civil do Congresso de proteger escravos recém libertos de seus antigos donos. ‘É a ação do Estado de cunho particular que é proibida. A invasão individual de direitos individuais não é matéria objeto de emenda’. Devido à doutrina da ação do Estado, o Estado não tem o dever de cuidar de seus cidadãos, nem mesmo do ‘Pobre Joshua’ no século vinte”. Pollack, assim, conclui que “se errarmos calculando que ações pró-propriedade resultarão em fins humanísticos, nós erramos por completo; nós nem obteremos fins humanísticos, nem sinalizaremos nossa prioridade das pessoas acima da propriedade. Em situações de incerteza, priorizar as pessoas minimiza a possibilidade do pior resultado possível. Priorizar a eficiência não” (p.337). POLLACK, Malla. O alto custo de não se ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estados Unidos. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 340-341

O caso do “Pobre Joshua” merece ser contado: “Joshua DeShaney foi colocado sob a custódia de seu pai, Randy, após o divórcio de seus pais. A segunda esposa de Randy DeShaney, quando ela se mudou e requereu o divórcio dela, informou o Departamento de Serviço Sociais (‘DSS’) de Winnebago (Wisconsin) que Randy estava agredindo Joshua. Durante os vinte e seis meses seguintes, Joshua foi hospitalizado três vezes devido a ferimentos que indicavam abuso infantil. O DSS tinha conhecimento desses incidentes, repetidamente visitou a residência dos DeShaney, e repetidamente questionou o problema com Randy. DSS, porém, não tirou Joshua da casa de seu pai. ‘Em março de 1984, Randy DeShaney bateu tão severamente no seu filho de 4 anos que ele entrou em coma com risco de vida. Uma cirurgia neurológica de emergência revelou uma série de hemorragias causados por ferimentos traumáticos na cabeça inflingidos por um longo período de tempo. Joshua não morreu, mas ele sofreu danos cerebrais tão severos quen se esperava que ele ficasse o resto de sua vida confinado em uma instituição para os retardados profundamente. Posteriormente, Randy DeShaney foi julgado e condenado por abuso infantil’. A mãe de Joshua processou o DSS pela violação dos direitos civis de seu filho. A Suprema Corte dos Estados Unidos, porém, barrou toda

diferença entre as constituições desses países, uma prolixa e baseada nos direitos fundamentais (aqui inclusos também os sociais), e outra concisa, principiológica e fundada nos direitos de liberdade, reflete na possibilidade de reclamação desses direitos pelos cidadãos.

Essa diferença é essencial para que se analise a aplicabilidade da doutrina da Análise Econômica do Direito, ao menos segundo o que teoriza Posner, em solo pátrio. O ordenamento jurídico sob o qual a teoria de Posner foi pensada é deveras diverso do Estado Democrático de Direito concebido no Brasil.

A Constituição detém como valores centrais os direitos fundamentais, inclusive previu-os dentre as cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º, IV)<sup>330</sup> e alocou a dignidade humana dentre os fundamentos da República (CF, art. 1º, III)<sup>331</sup>. Não constam ali elementos essenciais à busca pela *maximização da riqueza*. Para que fosse possível justificar a proteção aos mercados, seria necessário que a Constituição brasileira garantisse em absoluto os direitos de propriedade. Porém, ela não o faz; ao contrário, limita a propriedade à sua função social (CF, art. 5º, XXIII)<sup>332</sup>, e prima pela fundamentalidade de direitos individuais e sociais.

Ademais, no Brasil sequer existe a cultura enraizadamente capitalista, a qual, segundo Posner, informa os valores fundamentais da cultura estadunidense, e que permitiu a coerência lógica com os valores da AED. No Brasil, os cidadãos não estão acostumados à proteção

---

recuperação porque não devia a Joshua nenhuma proteção contra terceiros.” [...] Do acórdão do caso, extrai-se a seguinte fundamentação: “Mas nada na linguagem do Princípio do Devido Processo requer que o Estado proteja a vida, liberdade, e propriedade de seus cidadãos contra a invasão de agentes privados. O princípio está descrito como uma liberdade ao poder do Estado atuar, não como uma garantia de certos níveis mínimos de segurança” (DeShaney v. Winnebago County Dept. Of Social Services, 489 US 189, 193 (1989) apud POLLACK, Malla. O alto custo de não se ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estado Unidos. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 340-341)

<sup>330</sup> “Art. 60 [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.”

<sup>331</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]III - a dignidade da pessoa humana”.

<sup>332</sup> “Art. 5º [...]XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

irrestrita dos contratos, nem à ampla liberdade contratual. Aqui, costuma-se imputar ao Estado a responsabilidade pelo provimento, a tutela e a garantia de toda sorte de direitos.

As características elencadas não fazem do Brasil, e de seus cidadãos, melhores ou piores que os estadunidenses, somente diversos. Esse fato dificulta a compreensão de aspectos primordiais da AED, eis que a lógica de mercado e a extrema relevância dos direitos de liberdade são requisitos para a aceitação e adoção da visão econômica do Direito. Esse óbice se agrava quando se trata da aplicação dos postulados da Análise Econômica do Direito à Administração Pública, como é o caso ora analisado.

Por conseguinte, a eficiência, na forma como abordada pelo viés economicista, não serve à Administração Pública brasileira. Não há qualquer possibilidade de a atuação estatal baseada na busca pela maximização da riqueza, ainda que pautada em valores morais (à moda do que propôs Posner mais recentemente), alinhar-se aos ditames constitucionais.

A atuação do Estado deve ser pautada pelo objetivo precípua de concretização dos valores fundamentais, e não na análise de custos de transação.

Entretanto, o estudo e a exposição dos conceitos da Análise Econômica do Direito demonstram que há lições úteis a serem incorporadas ao exercício da Administração Pública. Especialmente no que se refere aos ensinamentos da AED normativa.

Bruno Meyerhof Salama explica a necessária pertinência entre meios e fins normativos com a suposição proposta por Richard Epstein:

[Suponha que] alguém proponha uma certa regra X sob o argumento de que tal regra tenha determinadas propriedades normativas justas porque atinge os fins Y. Uma outra pessoa perguntará: “será que a regra vai atingir os fins pretendidos?” As indagações sobre a conexão entre os meios e os fins parece uma empreitada intrinsecamente descritiva. Alguém poderia argumentar, por exemplo, que o propósito de regras de “responsabilidade pelo fato do produto” é melhorar o bem-estar dos consumidores. Você pode aceitar essa proposição e entender que o objetivo normativo está correto. Mas há uma premissa subsidiária, fática, que deve ser estudada independentemente. Você deve propor a seguinte

questão: “quando você olha para as regras existentes, elas atingem os seus objetivos declarados?” Para responder a tais questões, você tem que apelar para algum ferramental descritivo, geralmente a microeconomia, para entender se os arranjos institucionais defendidos por este ou aquele grupo conduzirá às consequências prometidas. Se houver uma grande falha entre os meios e os fins, como é tão comum nos debates políticos, então é possível mostrar que os fins não são atingíveis pelos meios propostos, e com isso o debate normativo entra em curto-circuito.<sup>333</sup>

O Poder Público, compreendido como Poder Legislativo no exercício de suas funções primárias, bem como o Executivo, na edição de Medidas Provisórias, além dos três poderes quando da normatização de suas próprias questões administrativas, devem observar os possíveis impactos econômicos de suas medidas. Isso não significa que a lógica econômica passe a ser o escopo da ação, mas que conste como elemento integrante e uma das razões a serem consideradas por ocasião da deliberação administrativa<sup>334</sup>.

Desta feita, estar-se-á a evitar medidas que, sob o argumento de proteção aos interesses individuais, acabem por prejudicá-los ainda mais devido à desconsideração de outros interesses (de mercado) que também integram o contexto<sup>335</sup>.

Entende-se válida também a adoção mais criteriosa e preocupada com os resultados das medidas derivadas dos atos administrativos discricionários. Ou seja, alinhando-se ao entendimento externado por grande parte da doutrina administrativista nacional (conforme visto no item 2.2.2), deve-se intentar otimizar os meios disponíveis (sejam eles

---

<sup>333</sup> EPSTEIN, Richard A. *Positive and Normative Elements in Legal Education*. Harvard Journal of Law and Public Policy, v. 255, 1985, p.257-258 *apud* SALAMA, Bruno Meyerhof. L. In: Direito e Economia: textos escolhidos. Org. Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010, p.32.

<sup>334</sup> “Na busca da realização dos fins últimos da lei, o Direito (e, sobretudo, o seu aplicador), para ser eficiente, deve buscar compreender os códigos do sistema social regulado, buscando, através da permeabilização das fronteiras do subsistema jurídico com os demais subsistemas sociais, em especial o econômico, o acoplamento de suas respectivas lógicas, a fim de que as finalidades legais não sejam realizadas apenas no “Diário Oficial”, mas também na realidade prática do setor regulado”. ARAGÃO, 2005, p.5.

<sup>335</sup> Vide nota 266 retrocitada.

recursos financeiros, humanos ou materiais) a fim de que se alcance o melhor interesse público.

Não obstante as considerações feitas, considera-se que a Constituição Federal possivelmente tenha obrigado o Estado a funções que talvez ultrapassem sua capacidade de atendimento. Mas isso não o desobriga à ininterrupta busca de alcance dos valores fundamentais eleitos em 1988.

Pautar o exercício administrativo pela eficiência representa não a celebração de valores eminentemente economicistas, mas a busca de meios úteis à consecução e efetivação dos direitos fundamentais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da eficiência foi incluído no rol de princípios que vinculam a atuação administrativa, insertos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, mediante a aprovação da Emenda Constitucional n. 19/98, que alterou profundamente a Administração Pública brasileira.

As mudanças realizadas objetivaram modernizar a gestão administrativa, dotando-a de formato gerencial, fomentador do exercício de atividades administrativas.

Ocorre que, ante a indefinição conceitual do conteúdo da eficiência, restou à doutrina promover debates e digressões sobre o que demandaria e quais as consequências da postulação constitucional daquele princípio.

Partindo-se desse contexto doutrinário, onde a eficiência é tida por alguns como o princípio maior da atuação estatal, e por outros como mera redundância às previsões já anteriormente expressas na Constituição, buscou-se definir o alcance e a abrangência de seu conteúdo.

Para tanto, verificou-se a adequação do marco teórico proposto, a Análise Econômica do Direito, para que, a partir de seus conceitos gerais, fosse possível a averiguar sua aplicabilidade através da previsão do princípio constitucional da eficiência,

Buscando fundamentar a corrente teórica sob a qual a eficiência seria interpretada, fez-se necessário perpassar aspectos abrangentes dessa teoria, desde sua origem, seus fundadores, as escolas que representam suas principais derivações, para que fosse possível o entendimento geral do que a lógica proposta pela AED representa.

Adotou-se como teoria fundamental da Análise Econômica do Direito os estudos desenvolvidos por Richard Posner, em razão de seu papel destacado como representante principal dessa corrente<sup>336</sup>.

A exposição dos fundamentos teóricos da Análise Econômica permitiu compreender por que a eficiência ocupa papel fundamental

---

<sup>336</sup> Cabe asseverar, ainda, que a produção bibliográfica de Posner é vasta e de mais fácil acesso do que a de outros autores da AED, tendo inclusive obras recentemente traduzidas para o português, o que facilitou a pesquisa para o presente estudo. Igualmente, outra razão para a escolha teórica foi a extrema oposição dos ideais propostos por Posner em relação ao que costumeiramente se estuda em sede de Direito Constitucional no Brasil. Todas essas razões referendaram a opção feita e tornaram o estudo bastante proveitoso.



nessa doutrina. Foi possível verificar sua estreita vinculação ao exame dos custos envolvidos e demais aspectos econômicos que a classificam segundo os critérios de Pareto ou Kaldor-Hicks.

Porém, tanto as explicações acerca da eficiência administrativa quanto aquelas afetas à Análise Econômica do Direito demandaram a reunião dos argumentos para que fosse possível responder à questão primordial do presente estudo: a Análise Econômica do Direito serve a informar o conteúdo da eficiência aplicável à Administração Pública brasileira?

A vinculação constitucional aos direitos fundamentais obrigou o exame da eficiência econômica para além da mera vinculação aos postulados da Administração Pública. Isso porque se a eficiência econômica, segundo proposta por Posner, demanda o abandono dos valores morais em busca da maximização da riqueza, a eventual adoção desses conceitos em solo nacional resultaria na preterição, e até afronta, aos direitos fundamentais. Por isso, foi necessário basear o exame do problema proposto à luz da teoria dos direitos fundamentais, nesse caso, a de Robert Alexy.

Considerando-se a vinculação constitucional dos atos administrativos à observância da eficiência, defende-se que a execução de políticas públicas voltadas à realização dos direitos fundamentais deve ser pautada por esse princípio. Entretanto, referida eficiência deve ser subentendida como aquela que tenha como parâmetro de aplicação a Constituição Federal, com toda a proteção que ali se assegura aos direitos fundamentais.

Na execução de políticas voltadas à concretização de direitos fundamentais, a alocação de recursos públicos deve ensejar a investigação (preferencialmente prévia) de quais os resultados obtidos com aquele recurso, se houve desperdício, desvio, se o resultado obtido justifica o gasto daqueles valores.

Esse controle não se ocupa do quanto deveria ter sido investido em determinada área ou mesmo de quais deveriam ter sido as prioridades de investimento nesse particular. Deixando, por ora, a cargo dos Poderes Públicos majoritários a definição desses elementos, o que se procura verificar é a existência – ou não – de uma relação

de eficiência mínima entre o que se investiu e o resultado específico desse investimento.<sup>337</sup>

O exame dos recursos financeiros disponíveis é imprescindível à atividade administrativa e já vincula atualmente o gestor público mediante os elementos do regramento orçamentário nacional. A mensuração custo-benefício não está proibida, mas, ao contrário, integra o rol de inúmeras verificações a que estão submetidos os gestores públicos.

Entretanto, a verificação econômica não pode ser compreendida como o horizonte do Direito. A constitucionalização dos direitos compreendidos como fundamentais impõe a recusa à utilização do Direito como instrumental à maximização da riqueza e alcance final de objetivos econômicos. A centralidade do ser humano e a submissão do Estado à concretização dos valores primordiais da Constituição Federal fulminam a pretensão de se utilizar finalisticamente a lógica econômica no exercício da Administração Pública.

Embora se conclua pela impossibilidade de adoção da eficiência segundo defende a AED à Administração Pública, o estudo empreendido permitiu que se extraíssem lições válidas dessa corrente. Em especial, a necessidade de consideração das consequências econômicas quando da elaboração legislativa, a fim de que se alcance o melhor atendimento ao interesse público.

Outrossim, a visão adotada pelos teóricos juseconômicos de inescapável escassez de recursos pode servir a uma mirada mais responsável por parte dos administradores públicos quando da alocação de recursos do erário.

Possivelmente, o estudo mais aprofundado da Análise Econômica do Direito, em especial, de suas correntes derivadas, permitirá, numa próxima oportunidade, extrair dessa teoria maiores contribuições passíveis de adoção na Administração Pública brasileira.

Por ora, nos limites do presente estudo e a partir dos ensinamentos de Richard Posner, entende-se não ser viável a adoção da eficiência segundo o conceito informado pela Análise Econômica do Direito ao exercício administrativo da coisa pública.

---

<sup>337</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 123.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Luiz. *Introdução ao estudo da Análise Econômica do Direito*. Disponível em <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf)>. Acesso em 10/12/2010.

ALCANTARA, Christian Mendez. *O modelo gerencial: Organizações públicas não-estatais e o princípio da eficiência: uma visão jurídica e administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2009

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011

AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. *Há direitos acima dos orçamentos?* In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n°. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 8 de outubro de 2011

\_\_\_\_\_. *As PPPs e as Concessões Administrativas*. In: NETO, Floriano Azevedo Marques (coord.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31-46.

\_\_\_\_\_. O Princípio da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível na Internet: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 15 de novembro de 2011.

\_\_\_\_\_. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005, Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 08 de outubro de 2011.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BARROSO, Luiz Roberto. Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 02 de setembro de 2011.

BINEBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago-set-out, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível na Internet: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.637, 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. D.O.U., Brasília, 18 mai. 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9637.htm)>. Acesso em 18 de setembro de 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 393.175-0. Relator Ministro Celso de Mello. DJ, Brasília, 02 fev. 2007. Disponível em <<http://stf.jus.br>>. Acesso em 18 de setembro de 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação n. 3034. Relator Ministro Eros Grau. DJ, Brasília, 21 set. 2006. Disponível em <<http://stf.jus.br>>. Acesso em 18 de setembro de 2011.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices – the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: WW Norton & Company.

CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CALDAS, Roberto. *Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 9, fev-mar-abril, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 08 de outubro de 2011

CARVALHO, Cristiano; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *A superação de regras por princípios jurídicos na atividade jurisdicional: um enfoque pela análise econômica do Direito*. Cadernos de Direito Tributário. 109/110

CHRISTOPOULUS, Basile G.C. Orçamento e efetivação dos direitos sociais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.19, setembro, outubro, novembro, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-BASILE-GEORGES.pdf>>. Acesso em 10 de janeiro de 2012

COASE, Ronald. *O problema do custo social*. In: Direito e Economia: textos escolhidos. Bruno Salama (org.). São Paulo: Saraiva, 2010

COELHO, Cristiane de Oliveira. *Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico*. Disponível em <[http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/T\\_100607\\_21.pdf](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/T_100607_21.pdf)> . Acesso em 27 de abril de 2011

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Introduction to Law and Economics*. 3ed. Addison Wesley Longman. 2000

DALLARI, Adilson Abreu. Alterações dos contratos administrativos – economicidade, razoabilidade e eficiência. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 40

DWORKIN, Ronald M. *Is Wealth a Value?* The Journal of Legal Studies, 1980, vol.9, n. 2. p.191-226. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/724129>>. Acesso em 12 de janeiro de 2012

EPSTEIN, Richard A. *Positive and Normative Elements in Legal Education*. Harvard Journal of Law and Public Policy, v. 255, 1985.

FLORES FILHO, Edgar Gaston Jacobs. *A nova escola da Chicago e as modalidades de regulação: tendências do Law and Economics e aplicações para o Direito brasileiro*. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Disponível em <<http://escholarship.org/uc/item/1fm5r7xh>>. Acesso em 26 de abril de 2011

FRANÇA, Vladimir Rocha. Notas sobre a eficiência administrativa na Constituição Federal. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, nº 30

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos (direitos não nascem em árvores)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GHERSI, Carlos Alberto. Aproximação à análise econômica do direito e suas conexões com o direito econômico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 51, ano 13, julho-setembro 2004.

GICO JUNIOR, Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review* 1.1 (2010): 7-32.

Disponível em <[http://works.bepress.com/ivo\\_teixeira\\_gico\\_junior/44](http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/44)>. Acesso em 07 de novembro de 2010.

\_\_\_\_\_. *Notas sobre Análise Econômica do Direito e Epistemologia do Direito*. In: Conselho Nacional de Pesquisa em Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Anais eletrônicos. São Paulo: USP, 2009. Disponível em <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2662.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2662.pdf)>. Acesso em 16 de novembro de 2010.

\_\_\_\_\_. *Tributação e Desenvolvimento*. Brasília, Correio Braziliense, 23/08/2010.

GONÇALVES, Everton das Neves; Stelzer, Joana. *A Administração Pública na sociedade transnacional: o critério da Law and Economics para a tomada de decisão*. Disponível em:

<[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/everton%20das\\_neves\\_goncalves.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/everton%20das_neves_goncalves.pdf)>. Acesso em 14 de agosto de 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito e a Law and Economics* – possibilidade interdisciplinar na contemporânea análise econômico-jurídica internacional. Disponível em:

<<http://www.seer.furg.br/ojs/index.php/juris/article/viewFile/595/138>>. Acesso em 02 de março de 2011.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York-London: W.W. Norton & Company, 1999

HYLTON, Keith N. *Calabresi and the intellectual history of Law and Economics*, p. 8. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=547082>>. Acesso em 25 de abril de 2011.



LEAL, Fernando. Propostas para uma Abordagem Teórico-Metodológica do dever Constitucional de Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na internet:

<<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 13 de outubro de 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da “reserva do possível”*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LUPION, Ricardo. *O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*. Disponível em <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em 25 de abril de 2011.

MAIA, Douglas Leonardo Costa. *Estudo da intervenção estatal, por direção, sobre a ordem econômica brasileira*. Dissertação do Programa de Mestrado da Universidade de Marília, 2007.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2001

MARINI, Caio. Aspectos Contemporâneos do Debate sobre Reforma da Administração Pública no Brasil: a agenda herdade e as novas perspectivas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, março/abril/maio,

2005. Disponível na Internet: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 18 de outubro de 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

\_\_\_\_\_. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 08 de outubro de 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo et AL (Coord.). *Parceria público-privada: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005, p. 83-119

\_\_\_\_\_. Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, março, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 08 de outubro de 2011.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo (coord.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011

MEDEMA, Steven G. *Chicago Law and Economics*. Junho/2003. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=560941](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=560941)> . Acesso em 12 de março de 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Eduardo. Da *faculdade de gastar ao dever de agir*: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MERCADO PACHECO, Pedro. *El analisis Economico del Derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho, 2007. Acesso em 05 de setembro de 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Legalidade, eficiência e controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOREIRA, Alinie da Matta. O princípio da eficiência na Administração Pública. *Revista IOB de Direito Administrativo*. São Paulo v. 3, n. 33, set, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. OSCIPS E LICITAÇÃO: ILEGALIDADE DO DECRETO N. 5.504, DE 05.08.05 (PARECER). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 09 de outubro de 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Modelo Norte-americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 22, junho, julho, agosto, 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-RAFAEL-OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em 08 de outubro de 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das Agências e formas de controle. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 7, setembro/outubro/novembro, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 de outubro de 2011.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. Os primeiros passos da Reforma Gerencial do Estado de 1995. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.16, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009. Disponível na Internet: <[www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp)>. Acesso em 03 de setembro de 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia*,

terceirização, parceria, público-privada e outras formas. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di (coord.). *Direito Regulatório*: temas polêmicos. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

POLLACK, Malla. *O alto custo de não se ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estado Unidos*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. *Economic Analysis of Law*. 6 ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

\_\_\_\_\_. *El análisis económico del derecho*. México: FCE, 2007.

\_\_\_\_\_. *Para Além do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007

ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. *Revista Direito GV*, v.2, n.1, jan-jun 2006.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Apresentação*. Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010

\_\_\_\_\_. De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito? Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). *Direito GV*, São Paulo. Oct. 2009. Disponível em: [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/40](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/40)

\_\_\_\_\_. (org.). *Direito e Economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner*. Fundação Getúlio Vargas. *Direito GV*, São Paulo. Aug. 2008. Disponível em: [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/30](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30)

\_\_\_\_\_. *O que é Direito e Economia?* In: *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 49-61. Disponível em: [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/16](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16)

\_\_\_\_\_. O que é Pesquisa em Direito e Economia? *Caderno Direito GV*, Número 22 - mar/2008. Disponível em <<http://www.direitogv.com.br/interna.aspx?PagId=HTKCNKWI&IDCategory=4&IDSubCategory=139>> . Acesso em 20 de junho de 2010.

SANCHES, Marcelo Elias. O conceito do princípio da eficiência. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, n. 55, ano 12, março/abril 2004, p. 20

SANTA CATARINA. Decreto nº 2.617, 16 de setembro de 2009. Aprova o regulamento geral para contratação de materiais, serviços, obras e serviços de engenharia, no âmbito do sistema administrativo de gestão de materiais e serviços - SAGMS, e estabelece outras providências. D.O.E., Florianópolis, 17 set. 2009. Disponível em <[http://www.pge.sc.gov.br/index.php?option=com\\_wrapper&Itemid=163](http://www.pge.sc.gov.br/index.php?option=com_wrapper&Itemid=163)>. Acesso em 12 de janeiro de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 13 de dezembro de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª Edição, Editora Malheiros: São Paulo 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* 798, 2002.

TIMM, Luciano, TONIOLO, Giuliano. A Aplicação do Princípio da Eficiência à Administração Pública: levantamento bibliográfico e um estudo da jurisprudência do TJRS. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, junho, julho, agosto, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LUCIANO-BENETTI.pdf>>. Acesso em 19 de outubro de 2011.

TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?*. Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org). 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: Direito & Economia. Org. Decio Zylbertszajn, Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.



## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALBUQUERQUE, Ana Paula Martins; Matias, João Luis Nogueira. *Tributação e escolhas públicas à luz da Análise Econômica do Direito*. In: Conselho Nacional de Pesquisa em Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Anais eletrônicos. Fortaleza: UFCE, 2010. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3805.pdf>> Acesso em 16/11/2010.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discrecionalidade Administrativa: no Estado Constitucional de Direito*. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press.

CASTILLO, Manuel Escamilla (org.). *John Stuart Mill y las fronteras del liberalismo*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2004.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FONTES, Grazielly dos Anjos. *O principio da eficiência administrativa e a teoria dos custos dos direitos fundamentais: a atuação estatal diante da limitação de recursos financeiros*. In: Conselho Nacional de Pesquisa em Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Anais eletrônicos. São Paulo: USP, 2009. Disponível em <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2662.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2662.pdf)> Acesso em 16/04/2011.

OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso. *Aplicações da Análise Econômica do Direito*. In: Conselho Nacional de Pesquisa em Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Anais eletrônicos. Fortaleza: UFCE,

2010. Disponível em  
<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3155.pdf>>.  
Acesso em 20/05/2011.

MAIA, Douglas Leonardo Costa. *Estudo da intervenção estatal, por direção, sobre a ordem econômica brasileira*. Dissertação do Programa de Mestrado da Universidade de Marília, 2007,

MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

POSNER, Richard A. *A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. *The crisis of capitalism democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. *Revista Direito GV*, v.2, n.1, p12-13. jan-jun 2006

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Rethinking the Progressive Agenda: The Reform of the American Regulatory State*. New York: The Free Press, 1992.

SIQUEIRA, Izes Augusta da Silva. *A aplicação das teorias da eficiência nas sociedades de economia mista: um breve estudo sobre o uso das teorias da eficiência de Kaldor-Hicks e Posner e da associação com a iniciativa privada como ferramenta para uma gestão mais eficiente*. In: Conselho Nacional de Pesquisa em Pos-Graduacao em

Direito (CONPEDI). Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 551-570.

VIANA, Emilio de Medeiros. *Poder Judiciário e políticas públicas: a ponderação econômica como critério de decisão judicial*. In: Conselho Nacional de Pesquisa em Pos-Graduacao em Direito (CONPEDI). Anais eletrônicos. São Paulo: USP, 2009. Disponível em <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2760.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2760.pdf)> Acesso em 20/05/2011.

